Recuperación de activos de la corrupción

una investigación de

Guillermo Jorge

Prólogo de Mark Pieth

Los capítulos 5, 7, 8, 9 y 10 fueron publicados originalmente en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Berna, 2008, tal como se indica a pie de página en cada uno de ellos.

© 2008 Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515 - 10º - A
C1024AAN - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969 / 4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Impreso en abril de 2008 en
Color Efe. Paso 192.
Avellaneda. Pcia. de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Tirada: 1000 ejemplares

Libro de edición argentina

Recuperación de activos de la corrupción / Guillermo Jorge...[et.al.]. ; dirigido por Guillermo Jorge. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Del Puerto, 2008.
416 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-1397-19-8

1. Derecho Penal. I. Jorge, Guillermo, dir.
CDD 345.02

Fecha de catalogación: 13/05/2008

Recuperación de activos de la corrupción

una investigación de

Guillermo Jorge

Tim Daniel

Diego Freedman

Paul Gully-Hart

Willie Hofmeyr

Guillermo Jorge

James Maton

Enrico Monfrini

Natalia A. Volosin

El contenido de esta publicación se ha desarrollado en el marco del Convenio ATN/ME-9783-RG involucrando

ICD

PARTNERSHIP FOR TRANSPARENCY FUND

FOMIN Fondo Multilateral de Inversiones

y el apoyo de

GOVERNANCE
BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE

International Centre for Asset Recovery

Índice

Prólogo, Mark Pieth I

Agradecimientos V

Sobre los autores VII

Sobre el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR) IX

Abreviaturas XI

Introducción, Guillermo Jorge XIII

Primera Parte
Nuevas herramientas para reducir los delitos cometidos con fines de lucro

Capítulo 1. Regímenes para prevenir y reprimir el lavado de dinero
Guillermo Jorge

I. Introducción 3
II. Concepto y proceso del lavado de dinero 4
III. Razones para penalizar el lavado de activos e implementar regímenes de prevención 6
IV. La internacionalización del fenómeno de lavado de dinero 8
V. Formación de los estándares internacionales 10
VI. Estructura básica de los regímenes de prevención y represión del lavado de activos 14
VII. Evolución de los regímenes del lavado de activos ... 16

Capítulo 2. La reducción del anonimato en los centros *offshore*
Guillermo Jorge

I. Introducción 27
II. Concepto y origen de los centros *offshore* 29

III. La iniciativa del GAFI contra los países no cooperadores 35
IV. La iniciativa del Fondo Monetario Internacional en los centros *offshore* 37
V. El efecto indirecto de las reglas de supervisión consolidada 38
VI. Servicios riesgosos de la banca *offshore* 41
VIII. Caso de estudio: las Islas Caimán 58

Capítulo 3. El decomiso del producto del delito
Guillermo Jorge
I. Introducción 67
II. Decomiso penal (*in personam*) y decomiso civil (*in rem*) 72
III. El decomiso del producto del delito en el proceso penal 74
IV. El decomiso civil 88
V. Decomiso de bienes en poder de terceros 99
VI. Sustitución de bienes: el decomiso "de valor equivalente" 101
VII. El "producto" de los delitos de corrupción 103

Segunda Parte
Estándares internacionales para la recuperación de activos

Capítulo 4. Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública
Guillermo Jorge
I. Introducción 109
II. Estándares para las relaciones de banca privada 112
III. Estándares sobre relaciones corresponsales 117
IV. Transacciones de "personas expuestas políticamente" 122
V. Conclusiones 131

Capítulo 5. La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles
Tim Daniel y James Maton
I. Introducción 133
II. Los procedimientos civiles para la recuperación directa 135
III. Ventajas y desventajas de la recuperación directa . . . 137

IV. La obtención de evidencia en el procedimiento civil . 140
V. El enjuiciamiento del caso 150

Capítulo 6. Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito
Guillermo Jorge
I. Introducción 157
II. Cooperación policial 159
III. Cooperación entre UIF 162
IV. Cooperación judicial: el sistema de la UNCAC 165
V. Disposición de los bienes decomisados 192

Capítulo 7. Navegando entre la asistencia mutua legal y los sistemas de decomiso
Willie Hofmeyr
I. Introducción 199
II. Sistemas para recuperar el producto de la corrupción 199
III. Asistencia mutua legal informal y formal 202
IV. La asistencia mutua legal en el decomiso 203
V. Cuestiones de asistencia mutua legal para distintos tipos de delitos 206
VI. Remedios alternativos mediante la legislación civil común 207
VII. Conclusiones 207

Capítulo 8. Recuperación internacional de activos relacionados con la corrupción: Suiza
Paul Gully-Hart
I. Introducción 209
II. Legislación local suiza 211
III. Localizar, embargar y recuperar el producto de la corrupción internacional 214
IV. Distribución de los activos decomisados 221
V. Problemas jurídicos y dificultades prácticas 222
VI. Conclusiones 226

Tercera Parte
La recuperación de activos en la práctica.
Dos casos de estudio

Capítulo 9. La experiencia de Perú: el caso "Fujimori-Montesinos"
Guillermo Jorge

I. Introducción 231
II. Mejorando el sistema penal peruano para la persecución del crimen organizado y de la corrupción sistemática 232
III. La recuperación de activos 235
IV. Lecciones aprendidas 243
V. Conclusiones 249

Capítulo 10. El caso Abacha
Enrico Monfrini

I. Introducción 253
II. El régimen de Abacha 254
III. El retorno de la democracia 254
IV. La investigación en Nigeria y el producto del delito . 255
V. Procedimientos civiles en el Reino Unido 257
VI. La presentación de una carta rogatoria y de una denuncia penal en Suiza 258
VII. Pedidos a Luxemburgo, el Reino Unido, Liechtenstein y Jersey 264
VIII. La decisión de Suiza de repatriar u$s 500 millones . . 265
IX. Conclusiones 269

Cuarta Parte
Los desafíos para los sistemas latinoamericanos.
El caso argentino

Capítulo 11. Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública en la Argentina
Natalia A. Volosin

I. Introducción 275
II. Prevención del lavado de activos 276
III. Medidas para controlar el incremento patrimonial de los funcionarios públicos 298
IV. Intercambio de información financiera 314

Capítulo 12. El decomiso del producto del delito en la Argentina
Diego Freedman
I. Introducción 321
II. Concepto de decomiso 322
III. Objeto del decomiso 322
IV. Ámbito de aplicación 327
V. Competencia normativa 328
VI. Sujeto beneficiario 328
VII. Sujeto pasivo 328
VIII. Necesidad de sentencia penal condenatoria 330
IX. Estándar probatorio del decomiso 331
X. Juicio en rebeldía 332
XI. Límites al monto del decomiso 332
XII. Protección de terceros 333
XIII. Las medidas cautelares en relación con bienes en la Argentina 334
XIV. Disposición de activos decomisados 341

Capítulo 13. Cooperación internacional con fines de decomiso en la Argentina
Guillermo Jorge y Natalia A. Volosin
I. Introducción 345
II. La Argentina como Estado requerido 346
III. La Argentina como Estado requirente 354
IV. Conclusiones 372

Prólogo

Mark Pieth*

A pesar de los cientos de billones de dólares invertidos en "asistencia internacional", las Naciones Unidas concluyeron en 2004 que, medidos en relación con 1990, 54 países se habían empobrecido. La corrupción es considerada una de las razones más importantes que explican este resultado y usualmente señalada como "el más grande obstáculo para el desarrollo económico y social". Un informe de la Unión Africana (2004) estimó que el continente perdía u$s 148.000 millones anuales en prácticas corruptas, lo que equivale al 25% de su producto bruto.

Para enfrentar este problema estructural, 116 países de todo el mundo ratificaron la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), un tratado cuyo alcance y aplicación no tiene precedentes. La Convención establece un sinnúmero de acciones para reducir la corrupción, como códigos de conducta, escrutinio intensificado de las instituciones financieras sobre las personas expuestas políticamente (PEP) y medidas para prevenir y detectar el lavado de dinero. Sin embargo, entre todas las obligaciones previstas, únicamente la "recuperación de activos" ha sido escogida como un "principio fundamental de esta convención". Ello implica un reconocimiento especial del impacto que, tanto de los aspectos preventivos como de los aspectos represivos de la recuperación de activos, puede tener en la campaña global para reducir la corrupción.

La recuperación de activos transnacional no es nada nuevo. Los países han recuperado activos, esporádicamente, por generaciones. Sin embargo, sólo recientemente los países comenzaron a comprender las posibilidades de recuperar activos de una manera más sistemática. Los casos exitosos de recuperación de activos en Nigeria (Abacha), Perú (Montesinos) o Filipinas (Marcos) contribuyeron sustancialmente a generar esta apreciación. Recuperar el producto

* Presidente del Basel Institute on Governance. Profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Basilea, Suiza.

de hechos de corrupción del exterior es una preocupación de todas las naciones que han sido víctimas de corrupción en gran escala. Sin embargo, la repatriación de activos es aún una realidad lejana para la mayoría de esos países. De hecho, la recuperación de activos es uno de los proyectos jurídicos más complejos y ambiciosos, que usualmente requiere la colaboración de investigadores financieros para rastrear bienes, contadores y auditores para desentramar complejas transacciones y abogados entrenados en varias áreas del derecho, y con destrezas para litigar en diferentes sistemas jurídicos.

Los obstáculos que hay que superar comienzan con desafíos de naturaleza técnica en el país víctima. Usualmente, las capacidades para comenzar los procedimientos legales de rastreo de bienes son insuficientes. Las autoridades del país víctima carecen de los recursos necesarios y el entrenamiento, y la experiencia de sus funcionarios es usualmente inadecuado para enfrentar las complejidades de una investigación transnacional. Muchas veces las debilidades institucionales cumplen un papel importante en dificultar la iniciación –y más aún la conclusión– de procedimientos contra ex funcionarios políticos de alto rango. Además, las elites políticas y económicas generalmente reaccionan a las amenazas de estos procedimientos intentando corromper a la policía y al Poder Judicial.

Las dificultades que hay que afrontar en los centros financieros donde se ocultan los bienes sólo aumentan la complejidad. El dinero ilícito es usualmente transferido a centros financieros cuyas complejas leyes restringen la cooperación y la condicionan al cumplimiento de procedimientos y de estándares de prueba más altos que los requeridos en los países víctima. La imposibilidad de alcanzar estos estándares ha frustrado muchos intentos de países víctima por recuperar activos. Los centros financieros deben batallar contra sus ritualismos formales, lentos procedimientos y elevados estándares sustantivos para cooperar con los países víctima. Típicamente, les cuesta encontrar una posición equilibrada que compatibilice los legítimos derechos del imputado y de los terceros afectados con la necesidad de contar con procedimientos sin tantos obstáculos.

Además, es probable que la falta de voluntad política demore los procesos tanto en el país requirente como en el país requerido. Mientras los países requirentes tendrán dificultades para perseguir a sus ex líderes políticos, algunos países requeridos, por su parte, han sido reticentes para aplicar correctamente los estándares para prevenir el lavado de activos, monitorear los movimientos de fondos de PEP e implementar otras medidas claves para proteger sus centros financieros.

Teniendo en cuenta estas dificultades, para los países víctima es esencial adquirir profesionalismo y desarrollar capacidades en las numerosas áreas jurídicas y técnicas relevantes para recuperar activos –como la investigación para el rastreo, secuestro, congelamiento y decomiso del producto de delitos– y profundizar sus conocimientos y experiencias en las complejidades de la asistencia judicial recíproca con los centros financieros. Por su parte, los centros financieros deben con urgencia legislar de conformidad con las obligaciones de la UNCAC –por ejemplo, en relación con el escrutinio intensificado de PEP, con procedimientos eficientes para congelar activos o con la carga de la prueba necesaria para obtener el decomiso del producto del delito– e intensificar su voluntad política para investigar y perseguir penalmente las acciones ilícitas de sus instituciones financieras o de sus empresas multinacionales.

Los países de América Latina enfrentan diferentes combinaciones de éstos, y muchos otros obstáculos en materia de recuperación y repatriación del producto de la corrupción. Guillermo Jorge posee un conocimiento excepcional sobre las complejidades de la recuperación de activos en América Latina y, por lo tanto, nos ofrece una visión con una comprensión única de las potenciales soluciones. Su libro, por lo tanto, tiene un valor fundamental y, con seguridad, se convertirá en una contribución decisiva que ayudará tanto a los profesionales como a quienes toman decisiones políticas en América Latina a superar las dificultades mencionadas. Para el *Basel Institute on Governance* y su *International Centre for Asset Recovery* (ICAR) ha sido una valiosa y enriquecedora experiencia apoyar y colaborar con Guillermo Jorge y con su equipo en la Universidad de San Andrés. Él y todos aquellos involucrados en este proyecto merecen un gran reconocimiento por su compromiso y su contribución para reducir la corrupción en América Latina y en el resto del mundo.

Agradecimientos

Este libro fue publicado en el marco del proyecto "Hacia una política pública de recuperación de activos de la corrupción en Argentina", una de las iniciativas seleccionadas por la convocatoria FONTRA 2006 (convenio ATN/ME-9783-RG). Agradecemos el apoyo financiero de BID-FOMIN y del Instituto para la Cooperación y Desarrollo y *Partnership for Transparency*, instituciones que componen la iniciativa.

El proyecto fue desarrollado entre julio de 2006 y junio de 2007 en el ámbito del área de derecho de la Universidad de San Andrés que proporcionó, además de apoyo financiero, el ámbito adecuado para desarrollar los encuentros de un grupo focal formado por altas autoridades de cinco organismos del Estado, y talleres de capacitación para periodistas de investigación y organizaciones de la sociedad civil interesadas en conocer los resultados del proyecto.

El grupo focal de organismos públicos se reunió regularmente entre los meses de abril y noviembre de 2007 y contó con la activa participación de las siguientes autoridades. Por la Unidad de Información Financiera, participaron los Dres. Alberto Rabinstein (Vicepresidente), Liliana Rodriguez (Directora de Asuntos Jurídicos) y Diego Gamba (Analista); por la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, el Dr. C. Manuel Garrido (Fiscal) y la Dra. Paula Honisch (Abogada); por la Oficina Anticorrupción, el Dr. Abel Fleitas Ortiz de Rozas (Fiscal de Control Administrativo), el Dr. Nicolás Raigorodsky (ex Director de Políticas de Transparencia) y el Dr. Martín Montero (Director de Investigaciones); por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, la Dra. Mónica Seoane de Porta y el Dr. Diego Solernó (abogados de la Dirección); por la Procuración del Tesoro de la Nación, el Dr. Sergio Lázaro Peppe (Director Nacional de Auditoría). Ocasionalmente participaron de las reuniones el Cdor. Marcelo Costa, Subdirector General de Fiscalización de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y el Dr. Daniel Rafecas, Juez Federal en lo Criminal y Correccional. A todos ellos extendemos nuestro más sincero agradecimiento por la predisposición, la aper-

tura para la discusión y los aportes de información realizados, muchos de los cuales fueron integrados en la última parte del libro, dedicada a analizar la situación de la Argentina.

Durante el desarrollo del proyecto contamos con el invaluable asesoramiento técnico del ICAR. Además de una generosa donación que permitió aumentar los recursos de investigación y ampliar considerablemente la distribución de este libro, Gretta Fenner, Directora del ICAR, facilitó que tres expertos *senior* contribuyeran con la producción de información específica sobre el acceso a información sobre bienes en Suiza, Estados Unidos y el Reino Unido integrada en el capítulo 13.

La investigación para la elaboración de los capítulos de mi autoría comenzó durante mi estadía durante la primera mitad de 2006, como *fellow* del *International Forum* del *Nacional Endowment for Democracy,* y continuó en la Universidad de San Andrés con el apoyo financiero del *Hills Program on Governance* del Center for Strategic and International Studies. El equipo de investigación que contribuyó con la elaboración de los capítulos dedicados al estudio del caso argentino estuvo integrado por la Lic. Lauta Roth y los abogados Natalia Volosin y Diego Freedman, quienes me asistieron con suma dedicación.

Quisiera extender mi agradecimiento personal a Luis G. Moreno Ocampo por haberme impulsado, hace ya siete años, a explorar áreas completamente desconocidas para mí, y por su generosidad en contactarme con algunas de las personas cuyas enseñanzas marcaron mi pensamiento. Entre todas ellas, deseo mencionar expresamente a Mark Pieth, Profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Basilea y Presidente del *Basel Institute on Governance*, a quien, además, agradezco las afectuosas palabras del prólogo.

Finalmente, a mi esposa Paula, por haber recorrido este camino junto a mí, y a Lucía, mi hija, por hacer la vida maravillosa.

Guillermo Jorge
Director del Proyecto

Sobre los autores

Tim Daniel es socio del departamento de litigios de Edwards, Angell, Palmer & Dodge. Durante sus casi 40 años de práctica, ha participado de muchos de los principales casos de fraude, corrupción y recuperación de activos, como la crisis del cemento de Nigeria de la década de 1970 y 1980, y los casos PCW en el Lloyd's de Londres, Barlow Clowes, BCCI y, recientemente, Abacha. Es coautor de *Corruption and Misuse of Public Office,* publicado por Oxford University Press en 2006.

Diego Freedman es abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), becario del Centro de Estudios de Justicia de las América y docente en los departamentos de Derecho Penal y de Derecho Económico de la UBA. Es asesor de la Cámara de Senadores y de Diputados de la Nación, y del Consejo de la Magistratura de la Nación. Fue consultor de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en la elaboración de un informe sobre recuperación de activos de la corrupción.

Paul Gully-Hart es socio del grupo de litigio de Schellenberg Wittmer's en Ginebra, Suiza. Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra en 1977, fue admitido en el Colegio de Abogados de Suiza en 1979. Se unió a Schellenberg Wittmer como socio en el año 2000. Sus principales áreas de práctica incluyen el litigio general e internacional, los delitos de cuello blanco, la asistencia legal internacional y el cumplimiento de regulaciones financieras. Tiene amplios conocimientos de *common law*, y su asistencia es frecuentemente solicitada en conflictos multijurisdiccionales. Ha publicado extensamente en sus áreas de práctica.

Willie Hofmeyr es uno de los principales directores de la Autoridad de Persecución Nacional de Sudáfrica y director de la Unidad para la Recuperación de Activos que embarga bienes que constituyen el producto del delito o que han sido utilizados para cometer un delito. Previamente fue miembro del Parlamento para la ANC (1994-1999), en donde desempeñó un papel importante en el Comité de Justicia y en el proyecto de la nueva Constitución. Antes de 1994, trabajó en el primer movimiento sindical comercial, en el Frente

Unido Democrático y en la ANC, y ejerció como abogado de derechos humanos en Cape Town. Fue restringido, prohibido y detenido sin juicio en varias ocasiones.

Guillermo Jorge es abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1995), con especialización en derecho penal y máster de Derecho (LL.M.) de *Harvard Law School* (2003). Fue socio de la firma "Moreno Ocampo Abogados y Consultores" (1995-2001). Actualmente es consultor de varios gobiernos latinoamericanos y organismos internacionales, incluyendo la Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Delito, el Banco Mundial, la American Bar Association y el International Centre for Asset Recovery del Basel Institute on Governance. Fue becario del National Endowment for Democracy (2006), Visiting scholar del Center for Latin American Studies de Stanford University (2001) y es, en la actualidad, profesor invitado del área de Derecho de la Universidad de San Andrés, del Summer Program de Southwestern University y de la Maestría en Relaciones Internacionales de FLACSO-UDESA-Universidad de Barcelona.

James Maton es socio de Edwards, Angell, Palmer & Dodge. Asesora a gobiernos y a sus organismos anticorrupción que buscan localizar, congelar y recuperar los activos ilícitamente obtenidos por funcionarios públicos deshonestos. Su experiencia incluye los procedimientos civiles para la recuperación del producto de la corrupción, el asesoramiento en solicitudes de asistencia judicial recíproca en materia penal, y la ejecución de órdenes de decomiso civiles o penales extranjeras en el Reino Unido.

Enrico Monfrini practica el derecho local e internacional como miembro del Colegio de Abogados de Ginebra, al cual fue admitido en 1970. Desde fines de la década de 1990, ha asesorado y representado a varios gobiernos extranjeros en procedimientos penales y de asistencia judicial recíproca relativos a la recuperación del producto de la corrupción en varias jurisdicciones. Ha participado como experto en diversas reuniones y paneles de corrupción (entre otras, la UNDOC y la iniciativa de recuperación de activos del Banco Mundial-StAR).

Natalia A. Volosin es abogada por la Universidad de Palermo (2004) y candidata al LL.M. de Yale Law School (2008-2009). Es también docente de las universidades de Palermo, de Buenos Aires, y de San Andrés desde 2003. Practicó derecho penal como asociada de una reconocida firma de la Ciudad de Buenos Aires y, desde 2007, es investigadora de diversos proyectos relacionados con la lucha contra la corrupción y el lavado de activos en la Universidad de San Andrés.

Basel Institute on Governance
International Centre for Asset Recovery

Fortalecimiento para la recuperación de activos

El Basel Institute on Governance es un *think tank* independiente y sin fines de lucro que realiza investigaciones académicas, desarrolla políticas públicas y genera capacidades en las áreas de gobierno corporativo, reducción de la corrupción pública y recuperación de activos. El Instituto, ubicado en Basilea, Suiza, y asociado a la Universidad de esa ciudad, coopera con gobiernos y organizaciones no gubernamentales de todo el mundo. Específicamente, el Instituto también actúa como facilitador en debates sobre complejas cuestiones de gobierno corporativo. En este contexto, cofundó la Iniciativa del Foro Económico Mundial contra la Corrupción y fue central para la creación de los estándares contra el lavado de dinero del Grupo Wolfsberg.

El Internacional Centre for Asset Recovey (ICAR) del Instituto, fundado en julio de 2006, ayuda a países a incrementar su capacidad para embargar, decomisar y recuperar el producto de la corrupción y del lavado de activos. Para ello, el ICAR entrena a funcionarios en la teoría, las técnicas y la práctica de la asistencia judicial recíproca como también la recuperación de activos, provee asesoramiento analítico y estratégico en el manejo de casos y facilita la cooperación entre organismos de persecución penal de distintas jurisdicciones. En apoyo de estas actividades, el ICAR, además, diseña herramientas para compartir información a través de Internet.

Basel Institute on Governance
International Centre for Asset Recovery
Peter Merian-Weg 8, P.O. Box, 4002 Basel, Switzerland
Phone +41 61 267 05 00, Fax +41 61 267 24 81
www.baselgovernance.org, *info@baselgovernance.org*

Abreviaturas

AFIP	Administración Federal de Ingresos Públicos
CBSB	Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria
BCCI	Banco de Crédito y Comercio Internacional
BCRA	Banco Central de la República Argentina
CICAD	Comisión Interamericana para el Control y el Abuso de Drogas
CNV	Comisión Nacional de Valores (Argentina)
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
DGN	Defensoría General de la Nación (Argentina)
FIA	Fiscalía de Investigaciones Administrativas (Argentina)
FMI	Fondo Monetario Internacional
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
G-7	Grupo de los 7
IBC	Internacional Business Corporations (Sociedades de Negocios Internacionales)
ICAR	International Centre for Asset Recovery of the Basel Institute on Governance (Centro Internacional para la Recuperación de Activos)
IOF	Informes de Otras Fuentes
OA	Oficina Anticorrupción
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PBI	Producto Bruto Interno
PEN	Poder Ejecutivo Nacional
PEP	Personas políticamente expuestas
PGN	Procuración General de la Nación (Argentina)
PTN	Procuración del Tesoro de la Nación (Argentina)
ROS	Reporte de Operaciones Sospechosas
SSN	Superintendencia de Seguros de la Nación (Argentina)
UIF	Unidad de Información Financiera
UNCAC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
UNTOC	Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional

Introducción

Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción

Guillermo Jorge

I. La "recuperación de activos" en la agenda anticorrupción

El fin de la Guerra Fría colocó a la reducción de la corrupción pública en el centro de la agenda internacional. Con la caída del muro de Berlín, cayeron también muchos de los incentivos para sostener alianzas políticas basadas en no inmiscuirse en los destinos de la asistencia financiera internacional. Paralelamente, la apertura de nuevos mercados generó la necesidad de "nivelar el campo de juego" y establecer mínimas reglas de "juego limpio" en las nuevas oportunidades que se abrían para inversores y exportadores de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, la Convención OCDE) en el mundo en desarrollo. La combinación de esos factores permitió que la corrupción pública dejara de ser un "asunto interno" protegido por el principio de soberanía para convertirse en motivo de escrutinio internacional y de parámetro de desarrollo de las nuevas "democracias de mercado"[1].

Durante los años 90 proliferaron estudios que confirmaron que la corrupción constituye un obstáculo importante para el desarrollo económico. Ello generó una campaña internacional[2] de importantes

[1] La literatura que analiza estos factores es abundante. Los estudios clásicos incluyen, entre otros, los de Ackerman, S. Rose, *Corruption: a study in political economy*, Academia Press, Nueva York, 1978; del mismo autor, *Corruption and Development, Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999; Heidenheimer, A. y Johnston, M. (eds.), *Political corruption. Concepts and Problems*, 2ª ed., Transactions Publishers, Nueva Jersey, 2005; Klitgaard, R., *Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988. Una bibliografía (actualizada hasta 2005) seleccionada por el prof. M. Johnston puede consultarse en *people.colgate.edu/mjohnston/Total%20Bib%20Fall%2005.doc*. Algunos recursos en línea especializados mantienen una bibliografía actualizada, por ejemplo, *www.u4.no/document/selectedliterature.cfm*.

[2] Con activa participación de las instituciones financieras internacionales, principalmente del Banco Mundial y, desde 1993, de la sociedad civil, con la constitución de la ONG Transparencia Internacional.

proporciones que se tradujo en tratados regionales[3] y sectoriales[4] y en programas de cooperación para el desarrollo centrados en reformas legales e institucionales[5].

Principalmente, los esfuerzos se centraron en reducir la corrupción en los países en desarrollo, con programas dirigidos tanto a incentivar la inversión extranjera para promover el desarrollo económico como a reducir la pobreza, mejorando el acceso a derechos básicos de las personas de bajos recursos. En ambos casos, la reducción de la discrecionalidad en la función pública, el aumento de la eficiencia administrativa y judicial, y el aumento de la transparencia para incrementar el control ciudadano de la gestión fueron los pilares de la agenda.

La mayoría de esos proyectos se orienta reducir la corrupción administrativa o la "pequeña corrupción", pero no afecta directamente a la corrupción política o "gran corrupción". El esfuerzo más importante para reducirla a nivel global ha sido el de la OCDE contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. El tratado comprometió internacionalmente a los países que concentran el 70% de la exportación mundial y el 90% de la inversión extranjera directa a criminalizar en sus países de origen, a multinacionales exportadoras e inversoras que sobornen a funcionarios extranjeros para obtener o retener un negocio, y a quienes participen del lavado del producto de ese delito[6].

[3] Convención Interamericana contra la Corrupción (en vigor desde el 6 de marzo de 1997), Convención de Derecho Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción (en vigor desde el 1 de julio de 2002), Convención de Derecho Civil del Consejo de Europa contra la Corrupción (en vigor desde el 1 de noviembre de 2003), Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (requiere 15 ratificaciones para entrar en vigor. Hasta abril de 2008 había sido ratificada por 11 Estados).

[4] Convención OCDE contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997. La versión en español puede consultarse en *www.oecd.org/dataoecd/41/25/2031472.pdf*.

[5] Una síntesis de estos esfuerzos puede consultarse en Directorate of Assistance Committee, "Synthesis of lessons learned of donor practices in fighting corruption", OCDE, 2003, disponible en *www.oecd.org/dataoecd/14/44/19936969.pdf*.

[6] Un análisis exhaustivo de la implementación de este tratado en Pieth, M.; Low, L. y Cullen, P., *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*, Cambridge, 2007.

La cuestión de "recuperar los activos de la corrupción" fue, sin embargo, una de las últimas áreas abordadas por la agenda internacional. A diferencia de los programas de reforma institucional y legal mencionados anteriormente, la recuperación de activos de la corrupción requiere de los esfuerzos tanto de los países en desarrollo –víctimas de los actos de sus funcionarios– como de los países en los cuales los bienes son invertidos –generalmente centros financieros de países desarrollados–.

En efecto, recuperar activos de la corrupción es una expresión que captura la idea de que el Estado víctima de hechos de corrupción tiene derecho de repatriar el producto originado en esos delitos que haya sido exportado –transferido, invertido, ahorrado, blanqueado– al exterior.

A pesar de que algunos autores proclamaron, ya a fines de los años 80, la necesidad de estimular la repatriación del producto de la corrupción como una estrategia que los países centrales podían liderar para reducir el fenómeno en los países en desarrollo[7], e incluso otros argumentaron en favor de elevar la corrupción sistemática de regímenes no democráticos a la categoría de crimen internacional[8], no fue sino hasta el año 2000 que la comunidad internacional, liderada por las Naciones Unidas[9] y con intenso apoyo del G-7[10], dio la primera señal: se debían aunar esfuerzos para remover los obstáculos legales que impedían a países (generalmente en desarrollo) repatriar los bienes que algunos de sus líderes políticos habían obtenido a través de hechos de corrupción, los cuales suelen estar ocultos en los principales centros financieros del mundo.

Las estimaciones económicas sobre el producto de la corrupción que se exporta anualmente ayudaron a consensuar una política global al respecto. El flujo mundial de cooperación para el desarrollo se aproxima actualmente a los u$s 100.000 millones por año. La com-

7 Reisman, M., "Harnessing International Law to restrain and recapture indigenous spoliation", 83 Am. J. Int'l L. 56, 1989.

8 Kofele-Kale, Ndiva, "International Law of responsibility for economic crimes. Holding Heads of State and other high ranking state officials individually liable for acts of fraudulent enrichment", en *Kluwer Law International*, Londres, Nueva York, 1995.

9 Naciones Unidas, Asamblea General, Res. 54/205, 27 de enero de 2000.

10 Grupo de los 7, Actions against Abuse of the Global Financial System, Informe de los Ministros de Economía a los Jefe de Estado, Okinawa, 21 de julio de 2000.

paración de esta suma con la estimación de que aproximadamente entre u$s 500.000 millones y u$s 800.000 millones por año son ilícitamente apropiados en hechos de corrupción y exportados a centros financieros, generó incentivos en los países desarrollados para dedicar esfuerzos más serios a establecer bases jurídicas que facilitaran la recuperación de activos de la corrupción[11].

Con resultados bastante frustrantes para las nacientes democracias, los esfuerzos para recuperar el producto de la corrupción pública venían siendo realizados desde mediados de los años 80 por los gobiernos de Filipinas contra Fernandind Marcos[12], de Haití contra Jean-Claude "Baby Doc" Duvalier[13], de Nigeria contra Sani Abacha[14] y de Indonesia contra Suharto[15], por citar sólo algunos casos conocidos.

Las experiencias de los casos mencionados pusieron en evidencia que la metodología para "exportar" las ganancias ilícitas. Éstas consistían en lo que hoy reconocemos como una maniobra típica de lavado de activos. Los bienes obtenidos ilícitamente eran adminis-

[11] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) y Banco Mundial, "Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities and Action Plan", 2007, p. 1, disponible en *siteresources.worldbank.org /NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf*.

[12] Ver al respecto Salvioni, Sergio, "Recovering the proceeds of corruption: Fernandind Marcos of the Philippines", y Marcelo, Simeon V., "The long road from Zurich to Manila: the recovery of the Marcos Swiss Dollar Deposits", ambos en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008.

[13] Haití obtuvo medidas cautelares para inmovilizar cuentas bancarias en Suiza en 1986. Sin embargo, nunca logró obtener evidencia de que esos bienes habían sido obtenidos ilícitamente, lo que obstaculizó avanzar las investigaciones para lograr el decomiso. El 22 de agosto de 2007, el Consejo Federal Suizo prorrogó la medida cautelar por un año. El Consejo Federal está actualmente estudiando la posibilidad de introducir en la legislación Suiza una regla que permita el decomiso en esas circunstancias. Ver, en este mismo volumen, Gully-Hart, Paul, "Recuperación internacional de activos relacionados con la corrupción: Suiza".

[14] Ver el capítulo 10 de este volumen, Monfrini, E., "El caso Abacha"; también Daniel, T. y Maton, J., "Recovering the proceeds of corruption: General Sani Abacha. A Nation's Thies", en Pieth, *Recovering Stolen Assets*, citado.

[15] Suharto fue acusado de apropiarse de u$s 45.000 millones durante sus tres décadas de gobierno de facto. Los juicios iniciales en su contra no prosperaron. Luego de su muerte, una fundación de su propiedad fue condenada a pagar u$s 105 al gobierno en una acción civil. Ver *jurist.law.pitt.edu/paper chase/ 2008/03/ indonesia-court-clears-suharto-in-civil.php.*

trados por un "organizador" –una institución financiera, una firma administradora de fondos, un estudio de abogados o de contadores con deberes de confidencialidad– que se encargaba de alejar el dinero de su origen utilizando vehículos corporativos incorporados en jurisdicciones que proporcionan anonimato a sus beneficiarios –generalmente en centros financieros que proveen servicios *offshore*–. Estas firmas cortan la "ruta del dinero" a través de transacciones en efectivo e intermediaciones para luego realizar inversiones seguras en centros financieros con estrictas leyes sobre secreto bancario que permiten a los beneficiarios disfrutar de tales ganancias a resguardo de las investigaciones judiciales[16].

En todos estos casos, gobiernos democráticos que habían sucedido a violentas dictaduras y demandaban cooperación de los mayores centros financieros del mundo para localizar y repatriar las fortunas acumuladas por sus líderes *de facto*, familiares y colaboradores estrechos del régimen.

Además de la diplomacia, el mecanismo jurídico utilizado fue la asistencia mutua legal en asuntos penales. Sin embargo, los tratados bilaterales y las leyes internas de los países en los que se encontraban los bienes reclamaban evidencia concreta y sentencias firmes que condenaran penalmente a los titulares de los bienes para permitir la restitución. En muchas ocasiones, estos requisitos resultaban imposibles de cumplir, en algunos casos, por fallecimiento o fuga del titular de los bienes, en otros, por la imposibilidad de reunir pruebas con fuerza suficiente para destruir la presunción de inocencia, o porque la reconstrucción democrática del país víctima no alcanzaba los estándares mínimos de derechos humanos, requisito fundamental solicitado por el país receptor.

En muchos casos, el país víctima y el país receptor pertenecían a tradiciones jurídicas diferentes que albergaban procedimientos incompatibles, situación que extendía indefinidamente los procedimientos y exacerbaba la desconfianza entre países carentes de una base jurídica común para arribar a una solución.

Finalmente, y aun cuando el producto de la corrupción hubiera sido localizado y decomisado, no existía ninguna norma jurídica que indicara que tales bienes debían ser "repatriados" al país de origen ni un acuerdo que estableciera bajo qué condiciones un país tenía derecho de reclamarlos. Si bien algunas leyes nacionales, e incluso algu-

16 Cf. Pieth, M. y Aiolfi, G., *The money management of corruption*, Basel Institute on Governance, septiembre de 2002, archivo del autor.

nos tratados bilaterales de cooperación en materia penal[17], prevén *la posibilidad* de devolver "objetos" decomisados, el destino final de los bienes decomisados en procesos penales, cualquiera fuera su origen, ha sido tradicionalmente decidido de acuerdo a la ley del lugar en el que se produce el decomiso, por aplicación del principio *locus regit actum*[18]. Aun cuando el aumento de los delitos transnacionales generó incentivos para compartir los activos decomisados entre los países que participaron en la investigación del caso, este principio tampoco garantizaba que los bienes regresen al país de origen.

II. La recuperación de activos en la agenda contra el lavado de activos

En forma paralela a la campaña anticorrupción, una silenciosa transformación venía gestándose en los modelos de investigación y persecución penal. La "guerra contra las drogas" declarada por los Estados Unidos, al final de la década de los 80, ganaba una batalla crucial: las Naciones Unidas suscribían la idea de que el decomiso de las ganancias ilícitas era el método más efectivo para desarticular a las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas[19].

Esta idea se ha convertido en una pieza central de la estrategia mundial para reducir la delincuencia organizada, la criminalidad económica, la corrupción pública y, más recientemente, el terrorismo internacional. Apoyados en la idea que decomisar el producto de los delitos es más efectivo que la privación de la libertad, los regímenes que previenen y castigan el lavado de activos han expandido, durante dos décadas, su cobertura territorial en más de 140 países, su cobertura material en la mayoría, cuando no en todos, de los delitos que producen ganancias económicas, y su cobertura subjetiva en

[17] Por ejemplo, la ley de cooperación internacional en materia penal de la Confederación Suiza (art. 74.a), la ley argentina de cooperación internacional en materia penal (cap. III), Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales (entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

[18] La única excepción conocida a este principio la constituye el artículo 7 de la Convención Unesco sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales (1970), disponible en *portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html*.

[19] Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena), en vigor desde el 11 de noviembre de 1990. Hasta abril de 2008, 183 países han ratificado esta convención.

prácticamente todos aquellos sujetos que intermedian en transacciones económicas.

La Primera Parte de este libro examina algunas de las transformaciones más importantes que produjo este viraje en la política criminal global. El capítulo 1 explica, con cierto detalle, la evolución de esta idea hasta la actualidad. Indudablemente, sin la expansión abrumadora de los regímenes para prevenir y penalizar el lavado de activos, el derecho de repatriar el producto de la corrupción no hubiera sido concebible, o por lo menos no del modo en que lo ha sido. En otras palabras, este nuevo modelo de persecución penal proveyó la plataforma jurídica necesaria para una política de recuperación de activos, en el sentido que la infraestructura legal, que permite, en muchos países, investigar, localizar, inmovilizar y decomisar el producto de algunos delitos, constituye una parte importante de las herramientas utilizadas para recuperar activos de la corrupción.

El método de "perseguir el dinero" a nivel global enfrenta distintos desafíos. El nivel de armonización necesario para permitir una cooperación fluida entre países es uno de ellos. Más allá de los problemas técnicos propios de la armonización legal entre diferentes tradiciones jurídicas, un desafío político de importancia es el desmantelamiento parcial de los servicios de anonimato que proveen los centros *offshore*. Desde los años 70, los centros financieros *offshore* han cumplido un rol fundamental en el ocultamiento y blanqueo de dinero de cualquier origen y, en tal sentido, han constituido uno de los mayores obstáculos para las investigaciones penales, no sólo de corrupción pública, sino también de fraudes privados y otros delitos cometidos con fines de lucro. El capítulo 2 introduce el surgimiento y actual reestructuración de este fenómeno, explica las iniciativas internacionales adoptadas para mejorar la cooperación de parte de los cerca de 60 países considerados centros *offshore* y da cuenta de la evolución normativa en aquellos servicios *offshore* que tradicionalmente representaron un obstáculo para la investigación penal.

Los avances en la armonización legislativa y en la obtención de cooperación de la mayor cantidad posible de países, incluyendo de los centros *offshore*, son un paso decisivo en lo que respecta a la investigación y en algunos casos inmovilización de activos. Sin embargo, el decomiso del producto del delito, en general, y de delitos de corrupción, en particular, requiere un cuidadoso examen de compatibilidad con los principios básicos de un estado de derecho. El abuso de la "confiscación" de bienes como herramienta política premoderna fue el fundamento del destierro de esta pena de los

sistemas jurídicos liberales. Y su regreso genera fundadas desconfianzas.

El decomiso del producto del delito ha sido implementado de maneras diversas en el mundo. Se ha discutido si indefectiblemente tiene un contenido punitivo y, en tal caso, su compatibilidad con derechos fundamentales como la presunción de inocencia o el derecho a no autoincriminarse.

Actualmente existe una tendencia a establecer decomisos del producto de delitos de carácter real, enmarcados en procedimientos civiles, del estilo de los decomisos de objetos peligrosos que tradicionalmente se permitieron en las aduanas. El capítulo 3 concluye la Primera Parte del libro, y examina los diferentes sistemas de decomiso disponibles en el mundo, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil o administrativo. También recopila la jurisprudencia, extranjera e internacional –mayormente de la Corte Europea de Derechos Humanos– que evalúa bajo qué condiciones esta política criminal es compatible con las garantías básicas de un proceso penal. La discusión es especialmente importante en América Latina porque muchas legislaturas de la región están estudiando proyectos para implementar sistemas de decomiso alternativos al decomiso penal.

III. La recuperación de activos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

En la Segunda Parte del libro se presentan los estándares plasmados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante UNCAC)[20], el primer instrumento jurídico de carácter universal que establece, en su capítulo 5, un marco normativo comprehensivo sobre recuperación de activos de la corrupción.

Lograr consenso para establecer esas bases mínimas de cooperación consumió varios años de intensas negociaciones. Como se dijo anteriormente, con excepción de la Convención OCDE, la campaña anticorrupción se articuló como un instrumento de desarrollo económico, lo que implicó que fuera abordado como un "problema"

[20] La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue adoptada por la Resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La UNCAC entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, de conformidad con su artículo 68.1. Ha sido suscrita por 140 países y ratificada por más de 100. La información actualizada sobre el estatus de la Convención puede consultarse en *www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html*.

del Sur cuyas "soluciones" pueden ser importadas del Norte. Independientemente del grado de plausibilidad de ese enfoque, es evidente que la recuperación de activos de la corrupción no puede ser planteada de ese modo cuando, en la mayoría de los casos, los bienes se encuentran en los mayores centros financieros.

Los países en desarrollo condicionaron su compromiso para negociar el ambicioso programa de la UNCAC, a que los países que albergan los mayores centros financieros se comprometieran a discutir un capítulo específico sobre recuperación de activos e incluirlo como una parte integral del tratado[21].

Muchos países centrales que albergan centros financieros importantes ya tenían fuertes incentivos para aceptar esa condición –mejorar la competencia en los mercados internacionales, condicionar los flujos de "cooperación para el desarrollo", mejorar la reputación de sus centros financieros– y contribuyeron a crear el consenso para que la recuperación de activos se convirtiera en la parte más innovadora del tratado, no sólo por la sofisticación de las reglas técnicas consensuadas sino, primordialmente, por enfocar el problema como una responsabilidad compartida entre países en desarrollo y centros financieros[22].

Ello se refleja en el hecho de que la recuperación de activos de la corrupción es, además de reiteradamente mencionada en el preámbulo, uno de los propósitos (art. 1.b) y uno de los principios fundamentales (art. 51) de la Convención.

Asimismo de esas disposiciones, de carácter esencialmente declarativo[23], el Capítulo 5 de la Convención (arts. 52 al 59) contiene innovadoras disposiciones para facilitar la recuperación de activos de la corrupción.

En primer lugar, en el artículo 52 se establece una serie de reglas para prevenir que el producto de la corrupción sea transferido al exterior y para que, cuando ello ocurra, existan mecanismos para que tanto el país víctima como el país receptor puedan detectar tales

21 Estas discusiones pueden reconstruirse, entre líneas, a través de la lectura de los documentos preparatorios de la UNCAC, disponibles en *www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/adhoc-committee.html*.

22 Cf. Claman, Daniel, "The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC", en Pieth, *Recovering Stolen Assets*, cit., p. 335.

23 La nota interpretativa del art. 51 establece que el carácter de "principio fundamental" asignado a la repatriación de activos no acarrea ninguna consecuencia legal específica. Cf. A/58/422/Add1, párr. 48.

transferencias. El foco para prevenir y detectar estas transferencias está puesto en la industria bancaria, que ha sido el vehículo invariablemente utilizado para transferir el producto de hechos de "gran corrupción".

La mayoría de estas reglas, cuyo análisis constituye el objeto del capítulo 4, se nutre de desarrollos previos que, en materia de prevención del lavado de activos, venían siendo recomendados desde el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), desde el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria (CBSB), e incluso desde la propia industria bancaria, a través del Grupo de Wolfsberg. La Convención convierte a muchas de estas recomendaciones en obligaciones internacionales y, además, expande algunos estándares ya vigentes en los países centrales a las instituciones financieras de todo el mundo.

Sobre esa base, diseñada para la prevención del lavado de activos en general, el artículo 52 de la UNCAC introduce algunas innovaciones específicas en relación con la prevención de las transferencias del producto de la corrupción, como la posibilidad de que un Estado requiera de otro el monitoreo de la actividad financiera de personas expuestas políticamente (PEP) o recomendaciones sobre el manejo de cuentas oficiales en el exterior.

Luego de establecer las medidas para prevenir y detectar las transferencias de fondos originadas en hechos de corrupción, la Convención intenta superar los problemas derivados de la falta de homogenización de los procedimientos judiciales vigentes en diferentes tradiciones jurídicas.

Los procesos destinados a recuperar fondos derivados de la corrupción pueden adoptar diversas formas: a) procedimientos penales en el país en el que se produjo el hecho de corrupción (país víctima) con ejecución de la sentencia en el país en el que se encuentran los fondos (país receptor); b) procedimientos civiles en el país víctima y posterior ejecución internacional de la sentencia; c) procedimientos penales –generalmente por lavado de activos– o de decomiso civil entablados en el país receptor de los bienes que permitan decomisar los activos a favor del país víctima directamente, o indirectamente luego del decomiso a favor del país receptor, y d) procedimientos civiles entablados por el país víctima en los tribunales del país receptor.

Usualmente, los países que intentan recuperar activos pueden optar entre ejercer jurisdicción –y utilizar los procedimientos de cooperación internacional para obtener evidencias y, eventualmente, ejecutar sentencias en el exterior– (puntos a) y b) del párrafo ante-

rior) o litigar directamente en los tribunales extranjeros (puntos c) y d) del párrafo anterior). El abanico de factores que interviene en tal decisión incluye la distribución de competencias internas –rara vez la misma agencia tiene competencia para intervenir en sede penal, sede civil y para representar al Estado en juicio en el exterior–, el poder que los involucrados pueden ejercer en el país para influenciar impropiamente los procedimientos locales, y los recursos económicos disponibles.

Dependiendo de los procedimientos disponibles en cada una de las jurisdicciones involucradas, las estrategias en cada caso concreto pueden variar, aunque usualmente sugieren la conveniencia de combinar diferentes opciones. Las herramientas penales muchas veces resultan de extrema utilidad para las etapas de rastreo, localización e inmovilización preventiva de fondos. Sin embargo, la dificultad de alcanzar el estándar probatorio requerido para una condena que permita el decomiso, muchas veces sugiere que el camino más efectivo hacia la repatriación de bienes, sea el de iniciar –con las evidencias obtenidas en el proceso penal– procedimientos civiles que, entre otras ventajas, requieren un estándar probatorio menor y no requieren la presencia física del demandado[24].

En otros casos, ni siquiera existe esta posibilidad y la "recuperación directa" aparece como el único camino posible. Ello ocurre cuando es imposible iniciar un proceso penal en el país víctima –por muerte o fuga del imputado, por obstáculos impuestos por un régimen de inmunidad, porque el tipo penal que describe la conducta ha sido derogado, porque el imputado controla las estructuras necesarias para obstruir las investigaciones–[25]. En tales casos, el litigio

[24] Ver, en este mismo volumen, Daniel, T. y Maton, J., "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles".

[25] Algunos centros financieros, como Austria y Liechtenstein, han modificado el Código Penal, para permitir a sus autoridades decomisar bienes ilícitamente obtenidos, aun sin jurisdicción penal para iniciar un procedimiento. Suiza, por su parte, tomando en cuenta los antecedentes de los casos de Haití y la República Democrática del Congo, está actualmente analizando la posibilidad de establecer un "decomiso autónomo" que permita a sus autoridades proceder en casos en los cuales el país víctima no está en condiciones institucionales de instituir procedimientos penales que respeten el Estado de derecho. Ello proveería soluciones innovadoras a los casos en los cuales el país víctima no está en condiciones de obtener una condena penal, conforme a derecho, como ocurre actualmente con los casos de Haití contra Duvalier y de la República Democrá-

civil en el extranjero es el camino más eficiente –cuando no el único– para recuperar el producto de hechos de corrupción.

El artículo 53 de la Convención se ocupa de establecer mecanismos para que el Estado víctima pueda intervenir *directamente* en procesos civiles y penales que se lleven a cabo en el país receptor de los bienes, abriendo para los Estados víctimas nuevos caminos para recuperar el producto de la corrupción, diferentes del tradicional derrotero de la asistencia mutua legal en materia penal.

En lugar de ejercer jurisdicción sobre los hechos de corrupción y pedir asistencia a los países en los cuales se localizó el producto del delito, el artículo 53 concibe diversas posibilidades para que los Estados víctimas actúen como actores civiles o como terceros de buena fe para reclamar bienes en procesos civiles o en procesos de decomiso penal –usualmente seguidos como consecuencia de procesos por lavado de activos– en las jurisdicciones en las que se han detectado o decomisado bienes "repatriables".

En el capítulo 5, Tim Daniel y James Maton exploran, desde su vasta experiencia como litigantes en representación de gobiernos en jurisdicciones del *common law*, las ventajas y desventajas de estos procedimientos.

Si bien la recuperación directa se presenta como un camino innovador, en general los fiscales e investigadores, sobre todo en países de tradición continental, son más proclives a tratar la corrupción como un tema exclusivamente penal. Además, usualmente no están familiarizados con la legislación y los procedimientos de los países en los que se encuentra el producto y por ello, la utilización de procedimientos extranjeros rara vez ingresa en el planteo estratégico del caso. El litigio en el extranjero, por otra parte, usualmente requiere de la recolección de evidencias en el propio país víctima, tanto en casos penales (la prueba del origen ilícito de los bienes, en los procesos por lavado de activos) como en casos civiles (la evidencia del título legítimo o de los actos fraudulentos). A ello debe sumarse que la posibilidad de litigar en el extranjero muchas veces requiere de la decisión de las más altas autoridades del país víctima, y ese frecuentemente no es el caso cuando las investigaciones son realizadas contra miembros del gobierno en ejercicio.

tica del Congo contra los bienes del difunto dictador Mobutu. Ver Morier, Pierre-Yves, "Is autonomous confiscation the acme of asset recovery?", en Pieth, *Recovering Stolen Assets*, cit., ps. 267 y siguientes.

Reconociendo que la asistencia mutua legal constituye el mecanismo más frecuentemente utilizado para recuperar activos, aunque no siempre el camino más efectivo, la UNCAC refleja el consenso internacional en remover algunos de los principales obstáculos en esta materia.

El capítulo 6 se ocupa con cierto detalle de analizar las obligaciones acordadas en la UNCAC con el objetivo de investigar, inmovilizar preventivamente, decomisar y devolver al país de origen el producto del delito a través de la asistencia mutua legal.

La experiencia muestra que, de todas esas etapas, la investigación es probablemente la más complicada. Cuando la sospecha de que los bienes sujetos a decomiso se encuentran "en el exterior" no se traduce en evidencias más concretas sobre las circunstancias de tiempo y lugar que rodearon las transferencias, el investigador tradicional tiende, en el mejor de los casos, a recurrir a "operaciones de pesca" en el exterior que sólo aumentan el desgaste jurisdiccional tanto del país requirente como del país requerido.

Con el objetivo de revertir esta tendencia y de aumentar las posibilidades de investigación previas a requerir asistencia judicial, el capítulo 6 explora los mecanismos para investigar bienes en el exterior que pueden ser utilizados con carácter previo a requerir asistencia mutua legal: la cooperación policial y el intercambio de información financiera entre las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) que permite obtener información de inteligencia y, en algunos casos, información que puede ser utilizada como evidencia en juicio.

En cuanto a la asistencia judicial con fines de incautación y decomiso, la UNCAC ha innovado respecto de tratados anteriores auspiciados por las Naciones Unidas que ya incluían ciertas reglas sobre cooperación internacional con fines de decomiso[26]. En efecto, en aquellos instrumentos se requería que frente a una solicitud de asistencia los Estados signatarios pudieran ejecutar una sentencia extranjera o, alternativamente, iniciaran sus propios procedimientos de decomiso. Si bien este sistema era respetuoso de las concepciones vigentes en diversas tradiciones jurídicas[27], dejaba varios

[26] Ver Convención de Viena 5.4.a y UNTOC 13.1.

[27] En los países de tradición continental, es frecuente que el Estado requerido se conciba a sí mismo como una extensión del Estado requirente que ejecuta sus órdenes o sentencias. En la tradición anglosajona, cualquier restricción de derechos (y la del derecho de propiedad en particular) debe ser una decisión adoptada por sus propios tribunales, de modo que, en general, la evidencia obtenida por el país requirente es utilizada para iniciar procedimientos domésticos.

supuestos sin solución. El capítulo 6 analiza cómo el sistema incorporado por los artículos 54 y 55 de la UNCAC resuelve esta situación.

En los tratados sobre drogas o criminalidad organizada, el objetivo final es el decomiso del producto del delito en cuestión. El destino de los bienes decomisados se resuelve de acuerdo a las reglas de la jurisdicción del tribunal que sentencia el decomiso, que a su vez pueden estar influidas por acuerdos especiales para compartir los bienes entre los países que hayan colaborado con la investigación. En materia de recuperación de activos de la corrupción, el objetivo es diferente. La UNCAC es el primer instrumento que establece las condiciones bajo las cuales el país víctima tiene derecho a que los bienes decomisados le sean restituidos. El capítulo 6 concluye con el análisis de estas condiciones.

La segunda parte del libro se completa con dos artículos que, desde diferentes perspectivas y tradiciones jurídicas, dan cuenta del funcionamiento real de los sistemas actuales de decomiso y asistencia mutua legal. En el capítulo 7, Willie Hofmeyr evalúa los mecanismos de asistencia mutua con fines de decomiso desde su experiencia como director de la Unidad de Recuperación de Activos del Ministerio Público de Sudáfrica, es decir, desde la perspectiva de un país requirente de tradición anglosajona. En el capítulo 8, Paul Gully-Hart, desde su experiencia como litigante en un país requerido de tradición continental, describe el sistema suizo para localizar, inmovilizar, decomisar y repatriar el producto de la corrupción.

IV. La recuperación de activos en la práctica: dos historia exitosas

La tercera parte del libro incluye el estudio de dos de los casos más resonantes en materia de recuperación de activos litigados con anterioridad a la vigencia de la UNCAC.

En el capítulo 9 narro los detalles que condujeron a la recuperación de activos de Vladimiro Montesinos depositados en Suiza, Estados Unidos y las Islas Caimán. Al contrario del caso Abacha, este capítulo es narrado desde la perspectiva de un país víctima –el gobierno transicional peruano– y por ello, el énfasis está puesto tanto en las reformas legales e institucionales que introdujo el gobierno transicional peruano para enfrentar la corrupción del régimen fujimorista, como en los obstáculos que debieron superar los fiscales a cargo del caso en los diversos litigios transnacionales que llevaron a cabo.

En el capítulo 10, Enrico Monfrini, el abogado que representó los intereses del gobierno nigeriano en relación con los activos detectados y decomisados en Suiza y otras 9 jurisdicciones europe-

as nos cuenta los obstáculos encontrados durante la investigación y juzgamiento del caso del ex dictador nigeriano Sani Abacha, desde la perspectiva del litigio en los centros financieros en los que se encontraban los activos.

V. Los desafíos para América Latina. Estudio del caso argentino

Los estándares internacionales consensuados en la UNCAC fueron construidos teniendo en cuenta la experiencia de los casos más resonantes de la última década. Los esfuerzos para recuperar los activos de la corrupción de los regímenes de Marcos en Filipinas, Abacha en Nigeria, Montesinos en Perú, Duvalier en Haití, Mobutu en la ex Zaire, entre los más importantes, constituyeron importantes fuentes para comprender los obstáculos que debían ser removidos para avanzar hacia una política global.

El denominador común de todas las experiencias mencionadas es que se trataba de regímenes democráticos que buscaban repatriar los fondos apropiados ilícitamente durante violentas dictaduras, o gobiernos democráticamente elegidos que rompieron severamente las reglas de convivencia democrática, como el de Fujimori. Los acusados o demandados fueron los dictadores, sus familiares y el círculo íntimo del régimen. Del mismo modo que los juicios por violaciones masivas de derechos humanos, las repatriaciones de activos exitosas cumplieron efectos simbólicos importantes en diferenciar a las dictaduras de los gobiernos democráticos y en excluir de la vida política a los actores de los regímenes anteriores.

La perspectiva actual de la mayoría de los países latinoamericanos es bastante diferente. En la mayoría, la transición democrática ocurrió hace más de 20 años. Y si bien durante la última década la cuestión de contrarrestar la corrupción ganó gran visibilidad gubernamental y social, la mayoría de los estudios indican que, en el mejor de los casos, los progresos para mejorar la transparencia en la gestión gubernamental han sido más que modestos[28]. El uso priva-

[28] Cf., entre otros, Dehazo, Peter, "Esfuerzos contra la corrupción en América Latina", Documentos de Política sobre las Américas, vol. XVIII, Estudio 2, septiembre de 2007, disponible en *www.csis.org/media/csis/pubs/071127_anticorruptionefforts_spanish.pdf*, y el estudio de Transparencia Internacional y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, "Corruption and Governance Measurement Tools in Latin American countries", abril de 2006, disponible en *www.transparency.org/content/download/8686/56295/file/ TI 2006_Corruption_Governance_Measurement_Tools_LA.pdf.*

do o partidario del erario y del poder público integra, lamentablemente, la gestión democrática latinoamericana con independencia del signo político del gobierno. Las prácticas también difieren. En América Latina, parecen concentrarse más en la financiación de la política, el tráfico de influencias y los conflictos de interés entre asuntos públicos y privados que en la apropiación directa de fondos del Estado o en los sobornos en los contratos internacionales.

La región permite caracterizar dos estereotipos. En los países con mayor grado de desarrollo democrático –en términos de independencia judicial, libertad para expresar hechos de corrupción en la prensa, activismo de la sociedad civil en el control del gasto público, y un sector privado con algunas perspectivas de crecimiento por fuera de los negocios con el Estado–, la corrupción parece girar en torno a la concentración y control del poder político y económico de un grupo de políticos, empresarios y burócratas cercanos al proyecto ideológico del gobierno de turno, con independencia de si el proyecto político es conservador, populista, indigenista, neoliberal o de centroizquierda. En los países con menor desarrollo democrático, con niveles de independencia judicial aún más bajos, una sociedad civil menos activa, la corrupción parece girar más en torno a la protección de la riqueza de grupos adversarios cuya constitución atraviesa el espectro político, el mundo de los negocios, la propiedad de los medios de comunicación, la burocracia estatal y en algunos casos, inclusive, el control de los negocios de la criminalidad organizada[29]. Ambos estereotipos, sin embargo, difieren sustancialmente del modelo de corrupción centralizada en torno a un único líder que acumula inmensas fortunas, como fueron los casos de Abacha, Marcos o Montesinos, sobre todo en la oportunidad que representa un cambio de régimen.

Teniendo en cuenta los compromisos internacionales asumidos, el desafío de América Latina es la instrumentación de una política pública capaz de procesar casos dentro del sistema democrático y, en lo posible, dentro del mismo gobierno.

Las experiencias existentes muestran que, dentro de esta configuración política, los casos se multiplican, involucran a funcionarios de menor jerarquía, los montos promedio por caso disminuyen, los obstáculos políticos internos aumentan y el interés de la comunidad internacional disminuye. El Departamento de Recuperación de Acti-

[29] Cf. Jonhston, M., *Syndromes of Corruption. Wealth, Power and Democracy*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005.

vos de Brasil, por ejemplo, procesó en sus primeros 4 años de trabajo cerca de 500 casos que involucraban alrededor u$s 1 millón cada uno en promedio[30]. Pero sólo algunos de ellos han sido levantados por la prensa internacional.

La última parte de nuestro libro está dedicada a explorar estos desafíos en la Argentina. Los tres capítulos que la componen son el fruto de 6 meses de investigación desarrollados en la Universidad de San Andrés, en el marco del proyecto "Hacia una política de recuperación de activos de la corrupción en la Argentina". La investigación se centró en análisis normativo y jurisprudencial, en entrevistas en profundidad con autoridades de 9 organismos públicos y en el análisis de 8 reuniones que mantuvo un grupo focal conformado por altas autoridades de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la Unidad de Información Financiera, la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y la Oficina Anticorrupción. En reuniones específicas fueron invitados funcionarios de la Administración Federal de Ingresos Públicos y jueces de la Justicia Federal en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires.

Para facilitar la comparación los estándares internacionales, los resultados de la investigación han sido divididos en tres áreas.

En el capítulo 11, Natalia Volosin analiza la interpretación y la aplicación de los estándares de prevención y detección en la Argentina. Como se explica en el capítulo 9, la estrategia plasmada en la UNCAC designa a las instituciones financieras como las principales responsables por informar las transacciones sospechosas de canalizar el producto de la corrupción. Ello requiere del establecimiento de relaciones cooperativas entre el sector público y el sector privado que no son parte de la tradición cultural latinoamericana. Su construcción, así como de una cultura de cumplimiento de la ley[31] que respalda esas relaciones, es un objetivo de largo plazo. Las instituciones financieras latinoamericanas tienen todavía muy bajos incentivos para –y en algunos países fundados temores de– reportar operaciones que puedan generar represalias indirectas a través de los

[30] Cf. Madruga, Antenor, "The Brazilian Perspectiva", trabajo presentado en la tercera reunión del seminario conocido como "The Laussane Process", celebrada en Laussane, octubre de 2006, sin publicar, en poder del autor.

[31] Para el caso argentino, ver Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.

organismos de supervisión o fiscalización o de su exclusión de la posibilidad de contratar con el gobierno. Por ello, como lo demuestran varios casos de los últimos años, es más probable que la detección se produzca cuando la transacción llegue a destino y sea informada a través de las unidades de información financiera. En tal sentido, la integridad e independencia de estos organismos resulta fundamental. Volosin no sólo da cuenta de las dificultades de una estrategia de prevención basada en una relación cooperativa entre el sector público y el sector privado, sino también de las dificultades de una relación cooperativa entre organismos del Estado cuya coordinación es clave para el éxito de las investigaciones por hechos de corrupción.

La segunda área de trabajo ha sido la integración a nuestra cultura jurídica del decomiso del producto del delito. Como se señala en los capítulos 1 y 3, ello exige orientar las investigaciones penales no solamente hacia la comprobación de la comisión de la conducta prohibida y la identificación de los autores, sino especialmente hacia la detección de los bienes, su inmovilización, decomiso y, cuando se encuentran en el exterior, repatriación. Las autoridades encargadas de la aplicación de la ley penal, salvo excepciones, no han sido entrenadas para ello, esencialmente porque se trata de una institución relativamente nueva que aún no se enseña en las universidades latinoamericanas como una pieza central de la política criminal del Estado, aunque todos los países ya han legislado al respecto. En otras palabras, este modelo de investigación requiere de un cambio en la forma de diseñar las investigaciones judiciales que aun no ha sido incorporado por los operadores del sistema. En el capítulo 12, Diego Freedman confirma que, a pesar de que Argentina introdujo el decomiso del producto del delito hace más de 4 años, la práctica no ha arrojado resultados consistentes con los objetivos de la UNCAC. El análisis de la jurisprudencia actual, pero sobre todo las dificultades para obtener una sentencia penal en casos de corrupción, sugieren la necesidad de instrumentar herramientas alternativas.

La tercera área de trabajo ha sido el uso de la asistencia mutua legal en materia penal para decomisar bienes en el exterior. En América Latina, los operadores del sistema de justicia penal tienen escasa experiencia en litigios que involucren varias jurisdicciones y no han recibido entrenamiento en las diferentes vías disponibles para conseguir evidencias válidas en el extranjero, en los lineamientos generales que gobiernan la cooperación internacional entre diferentes culturas jurídicas ni en, incluso, los estándares internacionales vigentes descriptos en la Segunda Parte de este libro.

Estas deficiencias se reflejan en una encuesta sobre recuperación de activos administrada durante la tercera reunión de autoridades centrales en asistencia mutua en materia penal y extradición de la Organización de los Estados Americanos (OEA)[32].

El 65% de los miembros de la OEA consideró que el producto de los hechos de corrupción se encuentra en el extranjero. El 70% de ese grupo afirmó saber dónde se encuentran los activos. Sin embargo, ningún país logró recuperar más de u$s 10 millones, sólo un 10% logró recuperar sumas mayores a u$s 1 millón y un 15% sólo sumas inferiores. El 75% no recuperó nada. Esos magros resultados son consistentes con la percepción de la mayoría de los funcionarios encuestados (85%) que cree que las posibilidades de éxito en la recuperación de activos son menores al 60%.

Los motivos que explican tan bajas expectativas se concentraron en tres áreas: la falta de instrumentos jurídicos eficientes, la falta de entrenamiento de las autoridades encargadas de la cooperación internacional y de la justicia penal, y los excesivos requisitos exigidos por los centros financieros para cooperar internacionalmente.

Es notable que, aun cuando el 80% de los países encuestados había ratificado la UNCAC, sólo el 5% respondió haberla implementado totalmente y más de la mitad reportó que nunca la había invocado como derecho aplicable en procedimientos de asistencia mutua legal[33].

Teniendo en cuenta estos factores, el libro concluye con el capítulo 13 que incorpora dos análisis de extremada relevancia para comenzar a superar estos obstáculos.

Por una parte, el capítulo intercala el análisis normativo con las prácticas recomendables y las prácticas deficientes identificadas en el análisis de 35 procesos por hechos de corrupción en los cuales la Argentina requirió cooperación internacional realizada con la colaboración con la autoridad central argentina entre septiembre y noviembre de 2007.

[32] Celebrada en Bogotá, Colombia entre el 12 y el 14 de septiembre de 2007. Ver las recomendaciones de esa reunión en OEA/Ser.K/XXXIV PENAL/doc.26/07, disponibles en *www.oas.org/juridico/newsletter/recommenIII_en.doc*.

[33] Los resultados han sido analizados por Madruga, Antenor, "Expectations from Developing Economies. A view from the Americas", en Pieth, *Recovering Stolen Assets*, cit., ps. 369 y siguientes.

Ese análisis dio cuenta de que, en muchas ocasiones, los jueces penales recurren a la asistencia mutua legal en casos en los cuales o bien no es necesario porque la información es de acceso público, o bien la investigación aún no cuenta con elementos suficientes para sustentar un pedido exitoso –operaciones de pesca–. Ambos casos muchas veces demoran en forma irremediable las investigaciones.

Algunas de estas deficiencias podrían subsanarse recurriendo a bases de datos de acceso público que contienen información sobre titularidad de bienes. Esta posibilidad, de cuya existencia no todos los jueces y fiscales son conscientes, permitiría mitigar notablemente las demoras y las denegaciones ocasionadas por pedidos de asistencia incorrectos. Por ello, el capítulo 13 también incorpora una sección especialmente preparada por expertos del Centro Internacional para la Recuperación de Activos del *Basel Institute on Governance*, que detalla el acceso a las bases de datos públicas y privadas más comunes que contienen información sobre bienes en los países que albergan a tres de los centros financieros más importantes del mundo: Estados Unidos, el Reino Unido y Suiza.

Como se aprecia, este libro es el resultado del esfuerzo de muchas personas que comparten la idea de que una política pública en materia de recuperación de activos de la corrupción podría contribuir a reducir notablemente el fenómeno y a mejorar la calidad de las democracias en América Latina. El resultado de esos esfuerzos es una combinación creativa de investigación normativa y empírica, de entrevistas con actores clave a las que hemos sumado relatos de profesionales con la experiencia de haber litigado casos reales en el extranjero. En la riqueza de estas fuentes, se ha intentado acercar al lector en general y a los operadores del sistema de justicia penal en particular, las discusiones más relevantes que deberán enfrentar los países de América Latina que se propongan diseñar una política activa para recuperar activos de la corrupción.

Primera Parte

Nuevas herramientas para reducir los delitos cometidos con fines de lucro

Capítulo 1

Regímenes para prevenir y reprimir el lavado de dinero

Guillermo Jorge

I. Introducción

Los últimos veinte años registraron importantes transformaciones en las herramientas jurídicas dirigidas a reducir los delitos que se cometen con fines de lucro. Inicialmente, las herramientas principales se concentraron en el derecho penal y apuntaron a reducir el mercado de las drogas ilícitas (criminalización del lavado de activos, decomiso del producto del delito). Posteriormente, las herramientas se extendieron a sistemas preventivos y mecanismos de detección, y su alcance fue ampliado a otros mercados asociados con la criminalidad organizada. Recientemente, la misma estrategia fue ampliada a todos los delitos que producen ganancias.

La acumulación de capital generada por algunos mercados ilícitos[1] alcanzó tales proporciones[2] en las últimas décadas que condujo a que la mayoría de los países –alrededor de 150– adoptara una

[1] La expresión "mercados ilícitos" se refiere al proceso de producción y distribución de bienes y servicios prohibidos que generan riqueza, como los estupefacientes, los servicios de migración ilegal, de trata de personas, de tráfico ilícito de armas, el tráfico de automotores robados. Se trata de los delitos considerados de "criminalidad organizada", en referencia a quienes están ligados a la cadena de producción o distribución de esos bienes o servicios. Cf. Wooddiwiss, M., "Transnational Organized Crime: The Strange Career of an American Concept"; y Naylor, T., "Predators, Parasites or Free-Market Pioneers: Reflections on the Nature and Analysis of Profit-Driven Crime"; ambos en Beare, Margaret E. (ed.), *Critical Reflections on Transnacional Organizad Crime, Money Laundering and Corruption*, University of Toronto Press, Canadá, 2003, ps. 3 y siguientes.

[2] Aunque las estimaciones son ampliamente discutidas, las Naciones Unidas estimaron, en 1991, que el mercado de estupefacientes generaba alrededor de u$s 500.000 millones anuales y, más recientemente, que la corrupción pública genera alrededor de u$s 1 billón. Ver *www.unodc.org/newsletter/200601/page 004.html* (20/4/2008). La Organización Internacional para las Migraciones estimó en u$s 3500 millones anuales las ganancias del tráfico de migrantes. Ver "Organized crime moves into migrant trafficking", en *Trafficking in Migrants: Quarterly Bulletin*, junio de 1996.

estrategia de política criminal común basada en la idea de evitar el disfrute de las ganancias ilegalmente obtenidas y en la apropiación de tales ganancias por parte del Estado, con el objetivo de que sean reinvertidas en bienes públicos.

El cambio conceptual que incorpora esta nueva política criminal, sobre la cual se fundamentan los regímenes de lavado de activos, radica en que "en lugar de desactivar grupos criminales que generan ingresos ilegalmente, el objetivo central es ahora el de atacar esos ingresos luego de que han sido generados"[3].

Como principal respuesta global al aumento y sofisticación de los delitos cometidos con fines de lucro, la irrupción de los sistemas de prevención y represión del lavado de activos ha sido considerada por algunos autores como un cambio fundamental de paradigma en el derecho penal, desde un enfoque centrado en la persecución de personas hacia uno orientado al decomiso de bienes[4]. Este nuevo enfoque se apoya fundamentalmente en la idea según la cual decomisar el producto de los delitos cumple más efectivamente que la privación de la libertad las funciones de prevenir y de privar de capital operativo a las organizaciones que explotan mercados ilícitos.

Para poder llevar adelante este objetivo en un contexto de liberalización del comercio internacional y, fundamentalmente, de desregulación de los mercados financieros, ha sido necesario crear un régimen jurídico específico que combina herramientas de derecho penal, de derecho administrativo y de derecho privado, sobre todo en lo atinente a los aspectos regulatorios del derecho bancario, del derecho financiero y del derecho corporativo.

II. Concepto y proceso del lavado de dinero

El uso corriente del término "lavado de dinero" surgió en los Estados Unidos en la década de 1920[5]. Sin embargo, fue utilizado

[3] Naylor, Thomas, "Wash-out: a critique of follow-the-money methods in crime control policy", en *Crime, Law and Social Change*, vol. 32, nº 1, 1999, p. 57.

[4] Stessens, Guy, *Money Laundering, A new international law enforcement model*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2000.

[5] Aparentemente, era utilizado por los oficiales de policía estadounidenses para referirse a la propiedad y al uso de lavanderías de ropa y automóviles por parte de grupos de la mafia. Esos negocios les permitían dar una apariencia legítima al dinero que provenía de sus actividades delictivas. El dinero proveniente de los actos ilícitos era declarado como si hubiera sido una ganancia obtenida a través de las lavanderías. El hecho de que las lavanderías operaban con mucho

por primera vez en sentido jurídico en un proceso por el decomiso civil de ingresos provenientes de drogas de Colombia[6].

La descripción más común del lavado de dinero se basa en la definición que en 1985 brindara la Comisión sobre Crimen Organizado del Poder Ejecutivo estadounidense, que dio lugar a la penalización de estas conductas en 1986. Allí se afirmaba: "el lavado de dinero es el proceso por el cual se oculta la existencia o aplicación de ingresos de fuente ilícita y luego se los 'disfraza' para hacerlos parecer lícitos"[7].

El lavado de dinero tiene, entonces, dos objetivos básicos: ocultar los delitos que dan origen al dinero y asegurar el disfrute de estos ingresos, permitiendo su consumo, su inversión o su ahorro en la economía legal.

Para lograr estos objetivos finales, se debe alcanzar una serie de fines intermedios. Según una definición suministrada en un caso de estudios presentado en 1989 en la primera reunión del Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante, GAFI) por la Aduana de los Estados Unidos, son tres los elementos que componen la mayoría de las operaciones de lavado de dinero: "la conversión del dinero obtenido de forma ilícita en otro activo, el ocultamiento de la verdadera propiedad o fuente de los ingresos obtenidos de forma ilegal y la creación de una percepción de legitimidad de la fuente y propiedad"[8].

Estos tres elementos también pueden encontrarse en un análisis ampliamente aceptado, según el cual las grandes operaciones de lavado provenientes primordialmente del narcotráfico o de mercados que operan mayoritariamente en efectivo pueden dividirse en tres etapas: colocación (*placement*), estratificación (*layering*) e inte-

---

dinero en efectivo, y con billetes de baja denominación, hacía más difícil determinar el origen del dinero. Cf. D. A. Chaikin, "Money Laundering as a Supra-National Crime: An Investigatory Perspective", en A. Eser y O. Lagodny (eds.), *Principles and Procedures For A Transnational Criminal Law*, Max-Planck Institut, Freiburg, 1992, ps. 415-416.

6 US. v. $4.255.625,39, Suplemento Federal, vol. 551, Distrito de Florida, 1982, 314, citado por el Secretario General de la ONU, *Note Strengthening Existing International Cooperation,* p. 5.

7 US Commission on Organized Crime, *The Cash Connection: Organized crime, Financial Institutions and Money Laundering*, US Government Printing Office, Washington, 1985, p. 7.

8 Beare, M., y Schneider, S., *Tracing of Illicit Funds: Money Laundering in Canada*, Ministry of the Solicitor General of Canada, Ottawa, 1990, p. 304.

gración (*integration*). La colocación consiste en la introducción del dinero o los bienes ilícitamente obtenidos en el sistema económico formalizado (bancos, casas de cambio, entidades financieras no bancarias, bienes inmuebles, casinos, etc.). La estratificación consiste en aparentar que el dinero ilícito tiene un origen lícito, lo cual se realiza "alejando" el dinero de su verdadero origen y mezclándolo con dinero de origen legal mediante numerosas y a veces complejas transacciones financieras de modo que resulte difícil rastrearlo y contabilizarlo (formación de capas de legalidad). Finalmente, la integración consiste en la introducción del dinero en el mercado formal –bancario, de bienes raíces, financiero, bursátil, etc.– como si fuera total y absolutamente legítimo.

III. Razones para penalizar el lavado de activos e implementar regímenes de prevención

El lavado de activos ha sido un concepto jurídico extremadamente dinámico que, en su corta existencia, ya reconoció tres instancias de justificación diferentes que se van superponiendo en el tiempo.

Inicialmente, la razón para penalizar el lavado de activos fue detectar transacciones realizadas con el producto del narcotráfico para poder decomisarlo y así reducir el capital operativo de las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas. En algunos sistemas, como el estadounidense, la criminalización del lavado de activos permitió superar las dificultades para probar la participación de los jefes de organizaciones delictivas[9]. En otros sistemas, como el suizo, el propósito principal fue preservar la reputación del centro financiero, evitando que terceros realizaran transacciones con bienes sujetos a decomiso, es decir, que prestaran servicios para ocultar y permitir el disfrute posterior de bienes que fueron obtenidos ilícitamente.

En ambos casos, y aunque basado en problemas prácticos más que en razonamientos teóricos, la tendencia actual es otorgar autonomía a los delitos de lavado de activos, permitiendo su juzgamiento y el decomiso de los bienes con total independencia de lo que ocurra con los delitos que generaron tales bienes[10].

[9] Nadelmann, E. A., *Unlaundering Dirty Money Abroad: US Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions,* Inter-American LR, 1986, p. 34.

[10] Ver CICAD-OEA, "El delito de lavado de activos como delito autónomo", disponible en *www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/ESP/GupoExpertos/documentos%202001-2005/El%20delito%20de%20lavado%20de%20activos%20como%20delito%20autonomo.doc* (20/4/2008).

A fines de los años 90, un segundo enfoque se centró en la influencia perjudicial que los flujos de "dinero sucio" tienen para la economía en general. Las estimaciones más difundidas calculan que el lavado de dinero representa entre el 2% y el 5% del PBI global. En América Latina, el cálculo se ubica entre el 2,5% y el 6,3% del PBI regional anual[11]. Los efectos adversos del lavado de dinero en la economía incluyen la distorsión de precios[12] que, llevada al extremo, puede tener efectos macroeconómicos negativos a largo plazo[13]. Del mismo modo, el lavado de dinero puede tener importantes implicaciones sobre la integridad financiera y el riesgo de reputación del mercado bancario[14], lo que a su vez puede contribuir a que la actividad económica se desplace de los mercados formales a los informales. Estos efectos se multiplican en los mercados emergentes[15].

[11] Banco Interamericano de Desarrollo, "Unlocking Credit: The Quest for Deep and Stable Bank Lending", 2005 Report on Economic and Social Progress in Latin America, "What we know about money laundering in America Latina?", cap. 17, Washington DC, 2004.

[12] El hecho de que las decisiones de inversión no se ajusten a consideraciones comerciales comunes, sino a proteger el dinero ilícito, puede generar distorsiones en el precio –productos a precios inferiores al costo– que afectan a los competidores legítimos.

[13] La distorsión de precios puede causar una asignación ineficiente de recursos. Los altos flujos de dinero ilícito usualmente ocasionan cambios en la demanda de dinero y producen una mayor volatilidad en los flujos de capital, las tasas de interés y los tipos de cambio como consecuencia de transferencias no anticipadas. Ello dificulta la implementación de políticas económicas y el crecimiento del sector privado.

[14] Varias crisis bancarias en América Latina y en Asia estuvieron vinculadas a problemas de liquidez producidos por flujos repentinos dentro de una institución financiera que no estaban impulsados por factores de mercado. Llevado al extremo, el efecto sobre la reputación negativa del sistema bancario puede reducir oportunidades lícitas y atraer actividades ilícitas, lo que impacta en el desarrollo económico del país. Para Amércia Latina, ver Banco Interamericano de Desarrollo, "Unlocking Credit: The Quest for Deep and Stable Bank Lending", cit. Para Asia, ver Bartlett, Brent L., "The Negative Effects of Money Laundering on Economic Development", en *Manual on Countering Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Banco Asiático de Desarrollo, Manila, 2002.

[15] Drayton, Fitz-Roy, "Dirty Money, Tax and Banking: Recent Developments Concerning Mutual Legal Assistance and Money Laundering, 'Harmful' Tax Competition and the Future of Offshore Financial Centers", en *Journal of Money Laundering Control,* vol. 5, nº 4, ps. 302-317.

En una versión extrema, se sostiene que la influencia del crimen organizado puede derivar en el control de instituciones –públicas o privadas– que resultan fundamentales para el desarrollo económico. En una versión más moderada, se reconoce que la corrupción y la violencia, como medios característicos de la criminalidad organizada, afectan notablemente los procesos de consolidación democrática en los países en desarrollo.

En cualquier caso, como veremos en detalle en el capítulo siguiente, estos argumentos permitieron una serie de iniciativas dirigidas a homogeneizar las políticas de prevención y represión del lavado de activos a nivel global, con especial énfasis en los denominados centros *offshore*.

Finalmente, a partir del 11 de septiembre de 2001, un nuevo enfoque se superpuso en la lógica de los regímenes de lavado de activos, que fueron reorientados, algo forzadamente, hacia la detección de transacciones destinadas a la financiación de actividades y actos terroristas[16].

IV. La internacionalización del fenómeno de lavado de dinero

La evidencia empírica sugiere que la gran mayoría de las operaciones de lavado de dinero alcanzan una dimensión internacional. En Canadá, el 80% de las operaciones de lavado de dinero detectadas por la policía contienen algún elemento externo[17], y en un país pequeño como Bélgica esta cifra llega al 90%[18]. Esta internacionalización constituye el exponente de diversos factores.

En primer lugar, la mayor parte de los llamados "delitos de tráfico" se lleva a cabo a nivel internacional debido a que el productor o el oferente del servicio y el comprador generalmente no están en el mismo país. Ello no ocurre únicamente en el caso de las sustancias estupefacientes, sino que resulta ser también el caso del tráfico ilícito de armas –en el que un país o un grupo de personas con excedente de armamento en desuso lo vende ilegalmente a otro que está en conflicto externo o interno– o el caso del tráfico ilícito de migrantes

16 Ver un análisis de los dilemas causados por esta superposición en Pieth, Mark (ed.), *Financing Terrorism,* Kluwer Academic Publishers, Holanda, 2003.

17 Beare y Schneider, "Tracing of Illicit Funds: Money Laundering in Canada", cit., p. 304.

18 Stessens, *Money Laundering,* cit., p. 11.

–en el que el servicio ilegal prestado consiste, precisamente, en introducir personas en forma subrepticia en otro país–.

En segundo lugar, el carácter transfronterizo del delito es usualmente considerado como un mero efecto indirecto de la globalización de la economía legal[19]. Más allá del debate acerca de si los grupos de criminalidad organizada están globalizados o si aún se encuentran arraigados en sus territorios de origen[20], la evidencia sobre el uso que realizan de las facilidades que brindan los sistemas de pagos electrónicos instantáneos[21], las mayores y más veloces posibilidades de comunicación y transporte es abundante. Fenómenos típicos de las últimas dos décadas, como el crecimiento de los mercados de valores, la privatización a gran escala de empresas públicas y la diversificación de los instrumentos financieros en muchos países en desarrollo, facilitaron la inversión anónima de inmensas sumas de capital[22]. Incluso se ha señalado que el principal aspecto externo de la desregulación del control cambiario en el ámbito de control del dinero no es la falta de información sino el crecimiento del volumen total de las transacciones internacionales, que ofrece más oportunidades para ocultar fondos provenientes de actividades ilegales[23].

Frente a tal grado de internacionalización, las medidas exclusivamente nacionales sólo pueden resultar en un cambio geográfico del fenómeno.

De este modo se deriva en una conclusión de insoslayable importancia: la armonización y homogeneización de la legislación

19 Nadelmann, E. A., *Across Borders. The Internationalisation of US Criminal Law Enforcement*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 1993, ps. 104-105. Ver también Wilkitzki, P., "Development of an Effective International Crime and Justice Programme. A European View", en Eser y Lagodny, *Principles and Procedures For A Transnational Criminal Law*, cit., p. 270.

20 Ver comentarios de Savona, E. y De Feo, M. A.,"International Money Laundering Trends and Prevention/Control Policies", en Savona, E. (ed.), *Responding to Money Laundering. International Perspectives*, Harwood Academic Publishers, Amsterdam, 1997, ps. 52-4.

21 Zagaris, B. y Mc Donald, S. B., "Financial Fraud and Technology: The Perils of an Instantaneous Economy", en *Geo.Wash.JInt'l L & Econ.,* 1992, ps. 62-72.

22 Tanzi, V., "Money Laundering and the International Financial System", IMF Working Paper N° 96/55, p. 4.

23 Quirk, P. J., "Macroeconomic Implications of Money Laundering", IMF Working Paper, N° 96/66, ps. 22-23.

contra el lavado de dinero constituye un prerrequisito para el éxito de cualquier política dirigida a reducir el fenómeno.

Esto, fundamentalmente, porque las reglas homogéneas facilitan la cooperación entre las autoridades de diferentes países. De hecho, los regímenes de prevención y represión del lavado de activos incluyen el desarrollo de un sistema de cooperación específico para el intercambio de información financiera.

La armonización también ha demostrado ser indispensable para la prevención y detección, ámbito en el cual el sector privado cumple el rol principal, para evitar distorsionar la competencia entre los sujetos obligados –fundamentalmente en el mercado financiero– de diferentes jurisdicciones[24].

V. Formación de los estándares internacionales

V. 1. El modelo represivo: criminalización y decomiso

Las actividades ilícitas que generan ganancias requieren los mismos asesoramientos de inversión que cualquier actividad comercial: legal, contable, financiero, de acceso a los mercados, etcétera, aunque el asesoramiento deba orientarse al ocultamiento y su utilización sin llamar la atención de las autoridades.

A mediados de la década de 1980, las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes habían alcanzado niveles de ganancia que les permitían influir en la economía. Como el mercado estadounidense era el principal comprador de drogas, la mayoría de las ganancias se concentraba en los Estados Unidos, lo que obligaba a los traficantes a contratar servicios profesionales de asesoramiento en el mercado estadounidense.

Ello provocó que las instancias políticas estadounidenses se preguntarán por la eficacia de la estrategia tradicional que utilizaban para luchar contra ese tipo de criminalidad. La estrategia tradicional consistía básicamente en que la policía identificara al vendedor minorista que opera en las calles para, a partir de él, obtener evidencias para condenar a los vendedores mayoristas, importadores, transportistas y últimos dueños del negocio de la droga.

Estos métodos usualmente sólo permitían condenar y encarcelar a personas de bajo rango en una estructura jerárquica subordi-

[24] United Nations Economic and Social Council, Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, "Review of Priority Themes, Control of Proceeds of Crime-Report of the Secretary-General", Viena, 13-23 abril de 1993, E/CN.15/1993, p. 18.

nada y, consecuentemente, dejaban impunes a los "jefes" de tales organizaciones, permitiendo que reemplazaran a sus subordinados fácilmente y que continuaran sus operaciones. Cuando se lograba encarcelar a los jefes, las reorganizaciones internas y las luchas por el control de la organización aumentaban la violencia en las calles.

Ya en 1978, el entonces Jefe de la DEA reclamaba frente al Congreso estadounidense la necesidad de nuevas herramientas: "Nosotros reconocemos que las condenas y el encarcelamiento de los traficantes de máximo nivel no necesariamente desestabilizan a las organizaciones de tráfico de drogas; la adquisición de grandes capitales permite reagrupamientos e inclusive que el traficante encarcelado pueda continuar dirigiendo las operaciones. Por lo tanto, es esencial atacar las finanzas que constituyen la columna vertebral de las organizaciones de tráfico de drogas"[25]. El argumento dio lugar a la adopción, en Estados Unidos, de leyes que permitían decomisar las ganancias de las organizaciones criminales.

Pero la idea de que, en lugar de tener como objetivo a las personas que las integran, la persecución penal de la criminalidad organizada debería dirigirse contra los bienes que permiten su existencia, se fortaleció en 1986 con el dictado de leyes penales que criminalizaron el lavado de activos, es decir, los procesos mediante los cuales se otorga apariencia lícita al dinero obtenido ilícitamente.

Transcurrió muy poco tiempo para que se hiciera evidente la ineficacia de prohibir transacciones con dinero de origen ilícito en Estados Unidos si tal conducta podía ser llevada a acabo en cualquier otra jurisdicción. Bajo la premisa de crear una política de aplicación global, en 1988 las Naciones Unidas auspiciaron la Convención contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, cuyo principal objetivo fue internacionalizar la criminalización del lavado de activos provenientes del narcotráfico (art. 3); la incautación y decomiso del producto de los delitos de narcotráfico (art. 5); y la existencia de reglas más ágiles en materia de cooperación internacional, sobre todo orientada a la extradición de personas (arts. 6 y 7).

V. 2. El modelo preventivo y la creación de nuevos modos de detección

Al carecer de víctimas concretas y consistir en intercambios consensuados entre vendedores y consumidores voluntarios, los

[25] Citado en Naylor, Th., *Wages of Crime. Black Markets, Illegal Finance and the Underground Economy,* Cornell University Press, 2004, p. 251.

"delitos de mercado" usualmente no llegan al conocimiento de las autoridades.

La estrategia para suplir la falta de información inicial para detectar estos delitos consistió en hacer cumplir, primero a los bancos y luego a todas las instituciones del sector financiero, determinadas obligaciones de recolección, conservación y reportes de información a las autoridades.

Los orígenes de lo que hoy constituyen las regulaciones de prevención del lavado de activos fueron totalmente independientes, aunque contemporáneos en el tiempo, de la política criminal que se explicó en los apartados anteriores.

En efecto, ya desde 1970, Estados Unidos había dictado leyes tendientes a impedir la fuga de capitales que establecían limitaciones al secreto bancario y obligaciones de reportar a las autoridades las transacciones sospechosas de constituir evasión y fraudes fiscales[26].

Unos años más tarde, una serie de escándalos financieros vinculados con la fuga de capitales estadounidenses y de algunos países europeos pondría en jaque la reputación del sistema financiero suizo, asediado de sospechas de incentivar el movimiento de capitales hacia su hermético centro financiero[27]. Como respuesta, en 1977 el presidente del Banco Nacional Suizo y la Asociación de Bancos Suizos elaboraron la primera versión del Código de Conducta Bancaria, en la que la industria suscribía un compromiso privado que prohibía alentar activamente la evasión fiscal en el extranjero. El acuerdo, firmado por alrededor de 400 bancos suizos, establecía por primera vez reglas vinculadas a la identificación de clientes, distinguiendo entre clientes –regulares, ocasionales y vehículos *offshore*– y "últimos beneficiarios", y estableciendo pautas a seguir en cada caso.

Estos desarrollos, que surgieron para reducir el riesgo de los intermediarios financieros, fueron el antecedente de las actuales reglas sobre "conocimiento del cliente" y sobre reportes de operaciones sospechosas.

Casi en simultáneo con la firma de la Convención de Viena, en diciembre de 1988 se suscribieron, bajo el auspicio del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria (en adelante, CBSB), los "Prin-

26 US Bank Secrecy Act, 1970, 31 USC 1051 *et seq*.

27 Principalmente, los escándalos Chiasso, Lecleck y Sicilia-Falcon. Una descripción detallada de estos sucesos en Naylor, Thomas, *Hot Money and the politics of debt*, Mc Gill Queens University Press, 2004, cap. 16, "Good Neighbor Switzerland", ps. 251 y siguientes.

cipios de Basilea para la Prevención del Uso Delictivo del Sistema Financiero con el Propósito de Lavar Dinero"[28]. Los diez supervisores bancarios que entonces componían el Comité invitaban a los supervisores de todo el mundo a suscribir un compromiso por el que se obligara a las entidades financieras a esforzarse para evitar que el sistema financiero fuera utilizado como un vehículo para canalizar fondos de origen ilícito. El documento establecía los siguientes principios: a) identificación de clientes; b) prohibición de ofrecer servicios o proveer asistencia activa en transacciones en las que haya razones para creer que están asociadas con actividades de lavado de activos; c) cooperación con las autoridades en casos de sospecha y d) establecimiento de políticas internas para cumplir con tales principios.

V. 3. La fusión de ambos modelos en las 40 Recomendaciones del GAFI

En su reunión de París de 1989, el grupo de los siete países más industrializados decidió, junto con la Presidencia de la Comisión Europea, crear el GAFI, al cual rápidamente se adhirieron otros ocho países. Según los reportes de la reunión, Estados Unidos, el Reino Unido y Francia opinaban que era necesario lograr más efectividad de la que podía lograrse con las iniciativas de Viena y del Comité de Basilea.

El GAFI fue entonces creado con la responsabilidad de examinar las tendencias y técnicas existentes para lavar dinero de origen ilícito, así como los desarrollos legales –penales y administrativos– que habían tenido lugar tanto a nivel nacional como internacional. En abril de 1990, el GAFI elaboró un informe que contenía 40 Recomendaciones, destinadas a trazar un plan de acción que rápidamente se fue convirtiendo en el estándar global para la prevención y represión del lavado de dinero y que, consecuentemente, convirtieron al GAFI en el foro en el que desde entonces se debaten y desarrollan las políticas globales para prevenir, detectar y reprimir el lavado de dinero.

Las 40 Recomendaciones fusionaron, en un mismo régimen, los desarrollos en materia penal con los desarrollos en materia regulatoria.

En el ámbito penal, las 40 Recomendaciones adoptan el enfoque elaborado en la Convención de Viena: penalización del lavado de acti-

[28] "Basel Statement of Principles on the Prevention of the Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money Laundering", disponible en *www.bis.org/publ/bcbsc137.pdf* (20/4/2008).

vos y decomiso de instrumentos y producto del delito (Recomendaciones 1-8), además de reglas de cooperación internacional limitando expresamente el secreto bancario (Recomendaciones 30-40).

Estados Unidos también propuso la adopción de dos estándares regulatorios: el reporte rutinario de operaciones superiores a un determinado umbral objetivo (como ya existía en la *Bank Secrecy Act*) y el control de las transferencias electrónicas. Sin embargo, ninguna de estas dos propuestas fue aceptada. La propuesta recogida por las 40 Recomendaciones para aplicar al sector bancario y otras instituciones financieras no bancarias (Recomendaciones 8-29) fue la apoyada por algunos países europeos y sugería, por una parte, que las instituciones financieras realizaran reportes sólo cuando tuvieran razones para sospechar sobre el origen del dinero involucrado en alguna transacción y, por otro lado, un esquema basado en la obligación de aumentar la diligencia en casos de transacciones inusualmente extensas.

VI. Estructura básica de los regímenes de prevención y represión del lavado de activos

El programa de trabajo elaborado en las 40 Recomendaciones ya contenía los elementos básicos que componen, hasta hoy, todo régimen de prevención y represión del lavado de activos. La estructura de estos regímenes tiene tres componentes básicos:

1) Los sujetos obligados a:

a) Conocer a sus clientes y practicar deberes de diligencia.

b) Conservar registros para que puedan ser usados como evidencia.

c) Reportar operaciones sospechosas.

d) Adecuar procedimientos internos, designar oficiales de cumplimiento de estas obligaciones y capacitar a su personal para el cumplimiento de las obligaciones anteriores.

2. Las Unidades de Inteligencia Financiera (en adelante, UIF), responsables de:

a) Recibir, analizar y procesar la información proporcionada por los sujetos obligados y, cuando corresponda, remitir los casos a la justicia penal.

b) Dictar los instructivos y reglamentos que sirvan de guía a los sujetos obligados.

c) Intercambiar información financiera con sus pares de otros países.

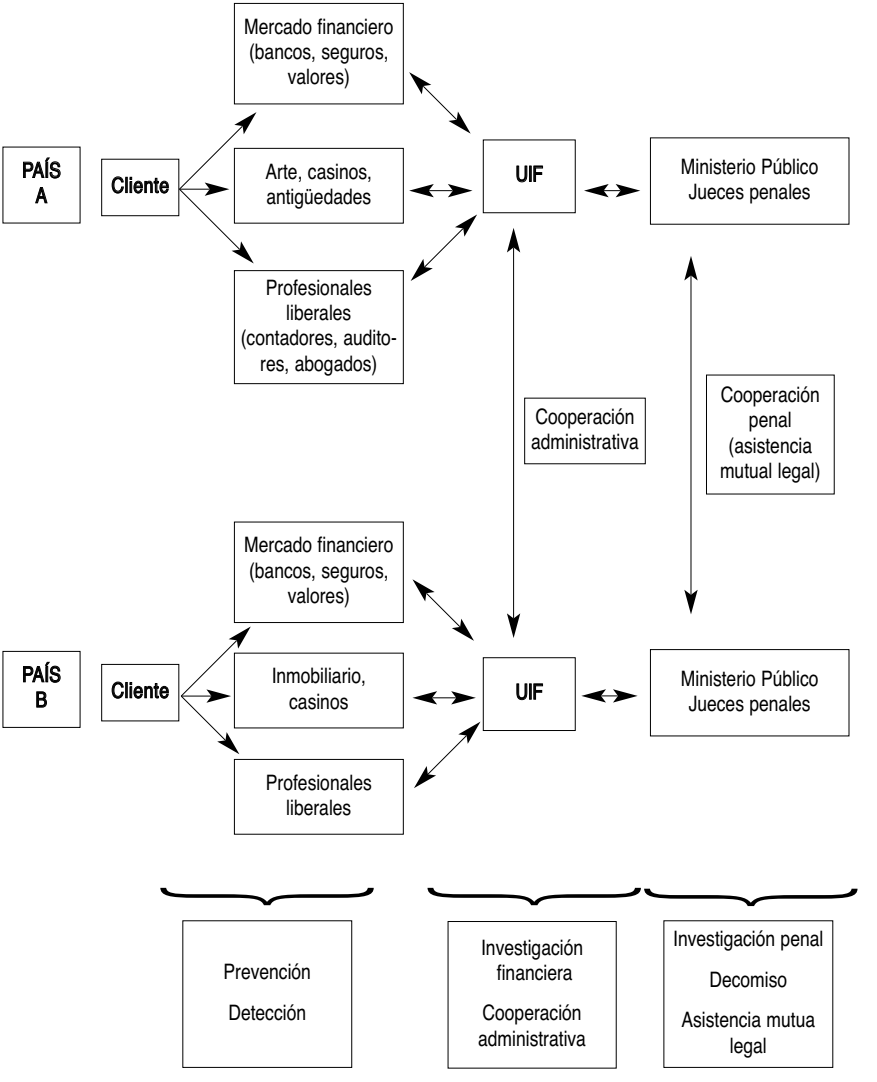
d) En algunos casos, auditar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los sujetos obligados y, en su caso, aplicar sanciones administrativas.

3. Las autoridades encargadas de la persecución penal, responsables de:

a) Investigar los casos penales por lavado de activos reportados por la UIF u otros denunciantes.

b) Aplicar las sanciones penales, incluyendo el decomiso del producto del delito.

La estructura puede ser representada gráficamente como sigue:



Uno de los principales impactos de la incorporación de regímenes contra el lavado de activos ha sido el de otorgar jurisdicción penal al país en el cual se encuentran, o a través del cual han sido transferidos, los bienes que constituyen el producto del delito. En efecto, dado que las acciones típicas muchas veces ocurren fuera de la jurisdicción –e. g. transferir–, la mayoría de los países ha aceptado atribuirse jurisdicción territorial sobre la base de la ubicación del producto del delito y con total independencia del lugar de comisión de la conducta antecedente, lo que básicamente es una consecuencia directa de concebir al lavado de dinero como un delito autónomo. Al confrontar esta cuestión, el Tribunal Superior Federal suizo, por ejemplo, fue categórico al señalar: "supeditar la eficacia de la persecución por lavado de dinero a los resultados de los procedimientos judiciales extranjeros sería un impedimento para combatir el lavado de dinero"[29]. Ello permite a las autoridades encargadas de la persecución penal adoptar medidas tendientes a la localización, embargo y decomiso del producto del delito antecedente.

Los delitos contra la administración pública conforman una de las categorías sobre las que existe un acuerdo global de que debe ser reducida a través del decomiso de las ganancias que produce. En consecuencia, no sólo los delitos contra la administración pública son considerados en la mayoría de los países del mundo delitos precedentes del lavado de activos, sino que además se han generado, como veremos más adelante, estándares legales específicos para su detección y persecución penal.

De hecho, cada vez es más frecuente que los hechos de corrupción pública de un país sean detectados por las instituciones financieras que reciben su producto en otro país, y que ello permita iniciar investigaciones penales en uno o en ambos países.

VII. Evolución de los regímenes del lavado de activos

Los estándares preventivos y represivos que informan las 40 Recomendaciones fueron desarrollados en dos contextos diferentes. Sin embargo, la fusión de ambos modelos se llevó adelante con tal éxito que, en algo más de una década, alrededor de 140 países habían adoptado el modelo en sus legislaciones internas.

Por otra parte, desde su formulación original como una herramienta para reducir el narcotráfico hasta su configuración actual,

[29] Tribunal Superior Federal suizo, Sentencia del 21 de septiembre de 1994, en *La semaine judiciare*, 1995, 308.

los regímenes de prevención y represión de lavado de activos se han expandido de una manera sin precedentes. En los apartados que siguen resumiremos los hitos más sobresalientes de esta evolución.

VII. 1. Extensión de los delitos precedentes

Los ministros de Justicia de los países miembros del Consejo de Europa advirtieron rápidamente que uno de los temas cruciales en la lucha contra la criminalidad organizada era la efectividad que se otorgara a la cooperación internacional en la localización, incautación y decomiso de bienes.

Como es sabido, la cooperación internacional en materia penal ha estado tradicionalmente sustentada en acuerdos bilaterales, o a lo sumo multilaterales, entre países de una misma región. Usualmente, tales acuerdos tenían como objetivo central temas referidos a la extradición de personas y sólo accesoriamente se relacionaban con la obtención de evidencias o la localización e incautación de bienes en extraña jurisdicción. Además, los acuerdos existentes en 1990 estaban muy lejos de otorgar una cobertura mundial, o siquiera regional, en el contexto europeo.

Por ello, en 1990 pusieron a la firma de todos los países del mundo la "Convención sobre Lavado, Búsqueda, Incautación y Decomiso del producto del delito"[30].

En términos generales, la Convención fue una manera de darle obligatoriedad al programa establecido en las 40 Recomendaciones que, como su nombre lo indica, carece de fuerza obligatoria.

Pero la particularidad que tiene este tratado es que, a diferencia de la Convención de Viena y de las 40 Recomendaciones de 1990, es el primer instrumento que se refiere al lavado de activos proveniente de "cualquier delito"[31], en lugar de restringirlo únicamente al lavado de activos proveniente del narcotráfico. El artículo 1 (e) de esta Convención definió "delito antecedente" como "cualquier delito", permitiendo luego en el artículo 6.4 que cada Estado limitara el abanico de delitos antecedentes en la declaración que acompañara al instrumento de ratificación.

[30] Convention of Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime, ETS 141. El tratado fue abierto a la firma en noviembre de 1990. Nótese que la Convención no lleva en su nombre la palabra "Europa", reflejando el hecho de que el instrumento está abierto para ser integrado por países no europeos que compartan la sustancia de la Convención.

[31] Ver los artículos 1 (a) y (d) y el artículo 6.

En el mismo sentido, cuando varios miembros del G7 decidieron llevar la estrategia contra el lavado de activos más allá de la "guerra contra las drogas" a escala mundial acordaron, durante las negociaciones de la primera revisión de las 40 Recomendaciones del GAFI en 1996, que el estándar internacional plasmado en la Recomendación 4 extendiera la lista de delitos precedentes a "las infracciones graves"[32]. La decisión acerca de cuándo una infracción es grave continuaba siendo una prerrogativa de cada país. En algunos países, la decisión se adoptaba en relación con la escala penal; en otros, de acuerdo con la distinción entre "delitos", "faltas" y "contravenciones"; y en otros, de acuerdo con una lista confeccionada al efecto.

En la última revisión de las 40 Recomendaciones, el GAFI reafirmó la tendencia de extender los delitos precedentes a la mayor cantidad de delitos posible. La versión actual de la Recomendación 1 establece:

"Los países deberían aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con miras a incluir la gama más amplia posible de delitos precedentes. Los delitos precedentes pueden definirse refiriéndose a todos los delitos o refiriéndose a un umbral vinculado, o bien con una categoría de delitos graves o bien con la pena de prisión aplicable al delito subyacente, o construyendo una lista de delitos subyacentes, o usando una combinación de estos criterios.

Cuando un país aplica el criterio del umbral, los delitos subyacentes deberían comprender, como mínimo, todos los delitos que quedan comprendidos dentro de la categoría de delitos graves dentro de su legislación nacional, o deberían incluir delitos punibles con una pena máxima de más de un año de prisión. En los países cuyos sistemas jurídicos tienen un umbral mínimo para los delitos, los delitos subyacentes deberían comprender a todos los delitos que se castigan con una pena mínima de más de seis meses de prisión.

Cualquiera que sea el criterio que se adopte, cada país debería incluir por lo menos una serie de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos".

La cobertura de todos los delitos precedentes no sólo otorga autonomía al delito de lavado de activos –que puede aplicarse actualmente a cualquier delito que genere ganancias– sino que ade-

[32] Es paradigmático el caso de Francia que, ya en 1996, al revisar su legislación antilavado extendió la lista de delitos precedentes a "cualquier delito". Ver Loi Nº 96-392 del 13 de mayo de 1996, llamada "*Lutte contre le blanchiment et le trafic de stupefiants et a la cooperation internationale en matiere de saisie et de la confiscation des produits du crime*".

más propone un nuevo modelo de investigación penal y de obtención de evidencia.

VII. 2. Extensión de las categorías de sujetos obligados

Las categorías de personas obligadas a cumplir con las regulaciones para prevenir y detectar las operaciones de lavado de activos también se fueron ampliando paulatinamente.

En la primera versión de las 40 Recomendaciones, de 1990, los únicos sujetos obligados eran los bancos. La decisión asumía que el lavado de dinero proveniente del narcotráfico iniciaba el proceso tratando de convertir una cantidad considerable de dinero en efectivo –muchas veces en billetes de baja denominación producto de la venta minorista de drogas– en algún instrumento financiero electrónico o en algún título que permitiera posteriormente transferirlo a otra jurisdicción o realizar inversiones. La idea, aún hoy vigente en muchos sistemas, de que los esfuerzos de detección de transacciones debían focalizarse en la "colocación", se sustenta en tres razones. Por un lado, es la etapa en la que el lavador de dinero queda más expuesto, en tanto el dinero todavía no ha sido "alejado" de su origen. En segundo lugar, aparece como la de mayor facilidad para ser detectada, en tanto, en casos de narcotráfico, es la etapa en la que se produce la primera transformación de grandes sumas de efectivo en instrumentos de más fácil manejo. Finalmente, permite detener el proceso antes de que produzca efectos[33].

Esas razones, sumadas al hecho de que ya existían algunos desarrollos legales en el ámbito regulatorio bancario, favorecieron la decisión de que los bancos fueran los primeros sujetos obligados a actuar como "custodios de las puertas"[34] del sistema financiero.

Entre 1990 y 1996 se hizo evidente que si las políticas aplicadas por los bancos eran efectivas, el lavado de dinero se desplazaría desde el sector bancario hacia otros sectores de la economía. Varias notas interpretativas de las 40 Recomendaciones dejaron entrever lo que finalmente se convirtió en las Recomendaciones 8 y 9 (versión 1996). Mediante la Recomendación 8 (1996) se extendió la aplicación

[33] Si bien este último argumento se utiliza en general en relación a los efectos sociales y económicos negativos, también es posible pensar en que es más sencillo decomisar bienes antes de que sean transferidos sucesivas veces.

[34] En inglés, usualmente se utiliza la expresión "*gatekeepers*" para referirse al rol de detección asignado a los bancos como sujetos obligados por las regulaciones antilavado.

de las Recomendaciones 10 a 29 a las llamadas "instituciones financieras no bancarias", mientras que la Recomendación 9 fue aún más lejos, invitando a los países a considerar la posibilidad de extender las obligaciones a "aquellas actividades no financieras que eventualmente desarrollaban conductas financieras". La referencia a "actividades" ya perfilaba la inclusión de profesiones liberales, como las desarrolladas por contadores, auditores, escribanos o abogados que, en determinadas circunstancias, implican la prestación de servicios financieros que pueden ser utilizados para el lavado de activos.

La inclusión de los contadores, auditores, escribanos y abogados como sujetos obligados es un tema arduamente discutido debido a la posible incompatibilidad de las obligaciones de información o de reporte de operaciones sospechosas con el privilegio de confidencialidad que prácticamente todas las legislaciones le otorgan a las relaciones profesionales con sus clientes. A nivel europeo, la Directiva 2001/97/EC extendió tanto la lista de delitos precedentes como la lista de actividades y profesiones que son consideradas vulnerables al lavado de dinero.

La tendencia a la expansión se confirmó en 2003, cuando se actualizaron las 40 Recomendaciones, en las que el GAFI adoptó definiciones aun más amplias, tanto de "instituciones financieras" como de "actividades y profesiones no financieras"[35].

VII. 3. El cambio de enfoque en las obligaciones de las actividades reguladas

La misma tendencia expansiva de la que han sido objeto las conductas precedentes y los sujetos obligados se verifica en relación con las obligaciones que los estándares internacionales, y luego las leyes domésticas, imponen a tales sujetos.

Cuando el GAFI definió en 1990 las obligaciones de los sujetos obligados utilizó un modelo basado en las siguientes cinco obligaciones:

1. Identificar al "cliente inmediato" y verificar su identidad respaldada por documentación oficial. Identificar a los "últimos beneficiarios" si diferían del "cliente inmediato", aunque el estándar no obligaba a verificar su identidad[36].

[35] Ver *www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236889_35433764_1_1_1_1,00.html#34289432* (20/4/2008).

[36] Ver GAFI, Recomendaciones 12 y 13 (versión 1990); Recomendaciones 11 y 12 (versión 1996).

2. Aumentar los deberes de diligencia frente a "transacciones complejas, inusuales o que no tengan sentido económico aparente o propósitos legales visibles"[37].

3. Conservar la información de las transacciones durante cinco años[38].

4. Reportar operaciones sospechosas al organismo competente[39].

5. Desarrollar programas internos para el cumplimiento de tales obligaciones, incluyendo capacitación de personal y auditoría de los sistemas antilavado[40].

Este modelo, usualmente denominado normativo, fue resistido por las industrias afectadas, que luego de algunos años reaccionaron no tanto contra los elevados costos que implica la regulación sino más bien contra su aplicación ineficiente.

La versión 2003 de las 40 Recomendaciones[41] –y las metodologías de evaluación desarrolladas conjuntamente con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial– aplica una metodología sustancialmente diferente.

En primer lugar, la nueva versión de las 40 Recomendaciones distingue claramente entre obligaciones relativas al proceso de aceptación de clientes de obligaciones relativas al monitoreo permanente de transacciones. Las recomendaciones actuales, aunque bajo el mismo rótulo de "conozca a su cliente", van mucho más allá de la identificación formal original. Los sujetos obligados deben actualmente requerir información suficiente para comprender la estructura de los negocios del cliente de modo que les permita realizar un "perfil". El perfil es la herramienta contra la cual deben contrastarse las transacciones del cliente para determinar si es adecuada, inusual o sospechosa[42].

[37] Ver GAFI, Recomendación 15 (versión 1990); Recomendación 14 (versión 1996).

[38] Ver GAFI, Recomendación 14 (versión 1990); Recomendación 12 (versión 1996).

[39] Ver GAFI, Recomendaciones 16 a 19 (versión 1990); Recomendaciones 15 a 18 (versión 1996).

[40] Ver GAFI, Recomendación 20 (versión 1990); Recomendación 19 (versión 1996).

[41] GAFI, "Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing", disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/43/46/38960576.pdf* (20/4/2008).

[42] Ver GAFI, Recomendación 5 (versión 2003); CBSB, "Debida Diligencia con la Clientela de los Bancos", § 53 y ss., disponible en *www.bis.org/publ/bcbs85s.pdf* (20/4/2008).

El cambio es notable. Mientras que la formulación original de 1990 dejaba librada a la intuición del oficial de cumplimiento del sujeto obligado la decisión acerca de cuándo una operación era inusual o sospechosa, la formulación actual obliga a recolectar la información para definir un "perfil" que permita trazar una línea de base.

Cuando el cliente es una compañía *holding* o vehículos corporativos domiciliados en el exterior o incluye sociedades *offshore*, los sujetos obligados deben además "comprender la estructura para poder determinar de dónde provienen los fondos y quiénes son las personas que tienen control sobre tales activos".

Si fuera de aplicación general, esta transformación implicaría obviamente un considerable aumento de costos, tiempo y energía que los sujetos obligados deberían invertir en la detección de operaciones sospechosas. Sin embargo, el enfoque adoptado por las 40 Recomendaciones permite a los sujetos obligados –usualmente siguiendo guías consensuadas entre las UIF y los propios sujetos obligados– establecer categorías de riesgo y aumentar la diligencia de acuerdo con el riesgo que presente cada cliente; pero también disminuir la diligencia en casos de clientes que presentan bajos riesgos.

Esta transformación, explícita en la versión actual de la Recomendación 5 del GAFI, no sólo involucra a los sujetos obligados en la definición de riesgos y medidas a adoptar, sino que sobre todo coloca sobre sus hombros la responsabilidad de manejarlos adecuadamente[43]. Este enfoque tiene la ventaja de permitir a los bancos un procedimiento simple y barato para la banca minorista y aquellos segmentos de la industria que no presentan ningún riesgo, como por ejemplo las transacciones de compañías que están suficientemente monitoreadas por otros actores de la economía –por ejemplo, las que cotizan en las bolsas de valores–. En cambio, cuando se presenta un factor de riesgo, los sujetos obligados deben reaccionar recopilando la información necesaria para formar un cuadro de conocimiento tal que les permita comparar las transacciones y operaciones habituales del cliente con la transacción aparentemente riesgosa. El origen de los activos en cuestión, su destino, las razones económicas que justifican la transacción, es información básica que un sujeto obli-

[43] Pieth, M. y Aiolfi, G., "Anti Money Laundering: Levelling the playing field", Working Paper 1, Basel Institute on Governance, en *www.baselgovernance. org/file admin/docs/pdfs/Publications/Money_Laundering_Levelling.pdf* (20/4/2008).

gado debe colectar cuando se presenta un indicador de riesgo. Y el ejercicio debe continuar hasta que el sujeto obligado esté satisfecho con la información recolectada o bien las dudas lo conduzcan a reportar la transacción como sospechosa.

Si bien el enfoque basado en el riesgo implica que los propios sujetos obligados establecen las categorías de riesgo de acuerdo con las circunstancias de la institución (por ejemplo, por el tipo de clientes con los que opera, los productos que ofrece, etc.), el GAFI ha elaborado algunos parámetros que, individualmente o en conjunto, pueden permitirle a los bancos evaluar los niveles de riesgo.

En este sentido, el GAFI indica que los tres criterios de riesgo más utilizados son los siguientes[44]:

1. Riesgo geográfico: si bien no existe ningún criterio preestablecido que indique que un país o región determinada presenta mayores niveles de riesgo, esta variable, junto a otros factores de riesgo, puede ser útil para definir potenciales riesgos de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo. Los factores a considerar incluyen a los países que han sido sancionados o embargados por algún organismo reconocido (como la ONU); que según fuentes confiables (el propio GAFI, el FMI, el Banco Mundial, el Grupo Egmont, etc.) carecen de un sistema apropiado contra el lavado de dinero o financian el terrorismo o tienen altos niveles de corrupción.

2. Riesgo del cliente: siguiendo sus propios criterios de riesgo, una entidad financiera puede determinar que cierto tipo de clientes con los que opera presentan un mayor o menor nivel de riesgo. Pueden presentar mayores riesgos los clientes que realizan transacciones inusuales (por ejemplo, si la distancia geográfica entre la ubicación de la entidad y la del cliente es demasiado significativa y no se encuentra justificada; si se realizan movimientos frecuentes e injustificados con cuentas de diversas entidades o entre entidades de distintas jurisdicciones); por la naturaleza de la entidad o de la relación con la entidad no permiten identificar al beneficiario final; realizan operaciones de negocios intensivas en efectivo (por ejemplo, casas de cambio o casinos); no están sometidos a supervisión (por ejemplo, las fundaciones u otras instituciones sin fines de lucro) u operan transnacionalmente; son ellos mismos sujetos obligados (por ejemplo, abogados o contadores que actúan en nombre de sus clien-

44 Ver GAFI, "Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing", cit., ps. 22 y siguientes.

tes); utilizan intermediarios que no se encuentran supervisados ni sometidos a regulaciones contra el lavado de dinero; son personas políticamente expuestas (en adelante, PEP's).

3. Riesgo del producto o servicio: las entidades deben determinar si los productos o servicios que ofrecen generan mayores riesgos. Los factores a considerar incluyen: los servicios identificados por las autoridades como más riesgosos (por ejemplo, la banca corresponsal o la banca privada); los servicios que implican la comercialización y entrega de metales preciosos; los servicios que pueden generar mayor anonimato o el traspaso de fronteras (por ejemplo, las transferencias electrónicas, las empresas de inversión o los fideicomisos).

Por otra parte, el GAFI ha identificado algunas circunstancias particulares de un cliente o de una transacción que pueden también representar mayores o menores niveles de riesgo, a saber:

– La finalidad de la cuenta o de la relación (una cuenta abierta para realizar transacciones usuales y de baja denominación puede ser menos riesgosa que una cuenta abierta por una empresa desconocida para realizar grandes transacciones en efectivo).

– El nivel de los activos depositados o el monto de las transacciones (si un cliente que tiene un perfil de bajo riesgo realiza transacciones demasiado grandes para lo que se espera de su perfil, no debería seguir siendo considerado de bajo riesgo y viceversa).

– El nivel de supervisión y regulación al que está sometido el cliente (si el cliente es una entidad financiera sometida a regulación y supervisión de lavado de dinero en su país, presenta un riesgo menor; lo mismo ocurre con las empresas que cotizan en un mercado de valores reconocido).

– La regularidad y duración de la relación (un cliente que opera desde hace mucho tiempo regularmente puede presentar menores riesgos).

– El grado de conocimiento que tiene la entidad sobre el país (si no conoce las regulaciones y el sistema de supervisión del país, ello puede presentar un riesgo mayor).

– El uso de vehículos corporativos cuando ello no se justifica comercialmente o cuando genera mayor complejidad o menor transparencia, puede ser un indicativo de mayor riesgo.

VII. 4. Nuevos modelos de cooperación para la obtención de evidencias en el extranjero

No podemos finalizar este capítulo sin mencionar que, además de la armonización legislativa global reseñada en los apartados pre-

cedentes, el carácter transnacional del lavado de activos requirió que los Estados adoptaran nuevos mecanismos de cooperación internacional a fin de facilitar la investigación y represión de la criminalidad global.

La principal innovación en este aspecto es la cooperación para intercambiar información financiera entre las UIFs[45]. Se trata de un mecanismo que permite obtener información sobre las transacciones financieras de un modo ágil y desburocratizado. La información obtenida por esos medios en algunos casos puede presentarse como evidencia en juicio y en otros sólo servirá como soporte para activar mecanismos de asistencia mutua legal.

Por su parte, la asistencia mutua legal ha sido objeto de dos cambios fundamentales. Por un lado, existe una saludable tendencia a que los problemas generados por la economía global sean tratados multilateralmente. Por ello, en estos asuntos, los tratados bilaterales de cooperación internacional en materia penal están siendo complementados por instrumentos multilaterales orientados a la prevención y persecución de determinados delitos o mercados ilícitos (por ejemplo, drogas, delincuencia organizada transnacional o corrupción) que contemplan "mini-tratados" de asistencia mutua aplicables a ese tema, por todos los Estados parte.

Paralelamente, el ámbito de la asistencia mutua legal está cobrando autonomía del ámbito de la extradición. Tradicionalmente, la asistencia mutua legal era un área gobernada por los principios de la extradición, que representaba el grueso de la cooperación internacional. Actualmente, el aumento geométrico de la cooperación para obtener evidencia en el extranjero está resultando en importantes innovaciones que persiguen la finalidad de complementar la persecución a los autores con la investigación, el embargo y el decomiso del producto de sus conductas ilícitas. En tal sentido, la tendencia a flexibilizar el requisito de la doble incriminación, el estímulo de mecanismos de cooperación espontánea, los nuevos usos del principio de especialidad, la consolidación de la prohibición

45 Este mecanismo es fuertemente impulsado desde el Grupo Egmont, un grupo informal que nuclea actualmente a Unidades de Información Financiera de alrededor de cien países y cuyo objetivo es armonizar prácticas para mejorar la cooperación en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ver *www.egmontgroup.org* (20/4/2008).

de invocar el secreto bancario para negar asistencia, los debates sobre el concepto de "operaciones de pesca" en diferentes jurisdicciones constituyen nuevos desafíos tanto para los países víctima como para los centros financieros.

Estas transformaciones serán analizadas con mayor profundidad en el capítulo 6 de este libro, dedicado a la cooperación internacional con fines de decomiso.

Capítulo 2

La reducción del anonimato en los centros *offshore*

Guillermo Jorge

I. Introducción

Como explicamos en el capítulo precedente, la idea de reducir la criminalidad organizada y económica a través del decomiso del producto del delito sólo puede ser llevada a cabo si los estándares delineados en el capítulo 1 son aplicados globalmente. En un contexto de mercados financieros liberalizados, el producto del delito puede encontrar refugio en los países que no apliquen tales estándares, o utilizar los centros financieros de estos países como "puente" para movilizar los activos en el sistema financiero.

Los países centrales han recurrido a diversas estrategias para asegurar el cumplimiento de los estándares de parte del resto del mundo. Sin perjuicio de iniciativas regionales específicas de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), la Unión Europea, el Consejo de Europa y el Grupo de Países de Asia y el Pacífico, el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante, GAFI) incentivó la creación de grupos regionales para que impulsaran dentro de sus regiones el cumplimiento de las 40 Recomendaciones.

Actualmente, existen dos categorías de grupos regionales afiliados al GAFI. Una categoría, denominada "miembros asociados", incluye el Grupo de Asia y el Pacífico[1], el Grupo del Consejo de Europa-Monyval[2], y el Grupo de América del Sur-GAFISUD[3]. La

[1] Afganistán, Australia, Bangladesh, Brunei Darussalam, Camboya, Canadá, Taipei, Islas Cook, Fiji, Hong Kong, China, India, Indonesia, Japón, Macao, Malasia, Islas Marshall, Mongolia, Myanmar, Nepal, Nueva Zelandia, Niue, Pakistán, República de Corea, Palaos, Filipinas, Samoa, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Tonga, Estados Unidos, Vanuatu.

[2] Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiján, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Francia, Georgia, Hungría, Libia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Moldavia, Mónaco, Holanda, Polonia, Rumania, Federación Rusia, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Ucrania.

[3] Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay.

segunda categoría, denominada "Grupos regionales Estilo GAFI", incluye el Grupo del Caribe[4], el Grupo de Euroasia[5], el Grupo de África del Este y del Sur[6], el Grupo de África del Norte y Medio Oriente[7], y GIABA[8]. La formación de estos grupos asegura que las 40 Recomendaciones sean adoptadas, al menos formalmente, en 152 países.

En forma paralela a la creación de estos grupos, existía una fundada preocupación adicional en relación con los centros financieros *offshore*, que indudablemente han jugado un rol preponderante en proveer servicios para ocultar bienes de origen ilícito, provenientes de cualquier delito.

Para el año 2000, se estimaban en alrededor de 60 los países o territorios en el mundo que ofrecían servicios –y competían entre sí– para proveer anonimato en las transacciones financieras.

Históricamente, muchos intentos de decomisar el producto de la corrupción, y de otros delitos, han fracasado frente a la evidencia de que los bienes han sido transferidos a una jurisdicción con estrictas leyes sobre secreto bancario o con reglas que impiden conocer a los beneficiarios de un vehículo corporativo.

En los últimos años, sin embargo, han tenido lugar algunas iniciativas tendientes a que los centros *offshore* dejen de ser un impedimento para las investigaciones penales, sobre todo en relación con el decomiso del producto del delito. En lo que resta de este capítulo se intentará explicar los servicios existentes en los centros *offshore* que perjudican las investigaciones penales y las iniciativas para reducir esos obstáculos.

[4] Anguila, Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Bermudas, Islas Vírgenes, Islas Caimán, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, Montserrat, Antillas Holandesas, Nicaragua, Panamá, San Cristóbal Nevis, Santa Lucia, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Islas Turcas y Caicos, Venezuela.

[5] Bielorrusia, China, Kazajstán, Kirguistán, Rusia, Tajikistán, Uzbekistán.

[6] Botsuana, Kenia, Lesotho, Malawi, Mauritania, Mozambique, Namibia, Sudáfrica, Swazilandia, Seychelles, Tanzania, Uganda, Zambia, Zimbabwe.

[7] Algeria, Bahrain, Egipto, Jordania, Kuwait, Líbano, Marruecos, Omán, Qatar, Arabia Saudita, Siria, Túnez, Emiratos Árabes Unidos, Yemen.

[8] Benin, Burkina Faso, Cabo Verde, Costa de Marfil, Gambia, Ghana, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Togo.

II. Concepto y origen de los centros *offshore*

Conceptualmente, una "jurisdicción *offshore*" es un territorio con un régimen económico más favorable para las personas físicas y/o jurídicas que no residen en ese territorio. La flexibilidad de los beneficios económicos puede variar, pero usualmente combina beneficios impositivos con facilidades para el registro de vehículos corporativos y leyes que protegen muy estrictamente la información bancaria, financiera, bursátil y societaria.

El grupo de trabajo sobre centros *offshore* del *Financial Stability Forum*[9] los caracterizó como jurisdicciones que atraen un alto nivel de actividades de personas físicas o jurídicas no residentes porque ofrecen la combinación total o parcial de las siguientes características:

– bajos o inexistentes impuestos a las ganancias de personas físicas y jurídicas;

– régimen de registro de vehículos corporativos y de licencias bancarias altamente flexible o directamente desregulado;

– uso flexible de vehículos corporativos, como *trusts*, *foundations* (variaciones del contrato de fideicomiso), *international business corporations, extempt companies*, etcétera;

– no requieren presencia física en la jurisdicción ni de los vehículos corporativos ni de las entidades financieras;

– altísimo nivel de confidencialidad basado en un sistema de leyes protectoras del secreto bancario, corporativo y profesional; y

– no disponibilidad de estos incentivos para las personas físicas o jurídicas residentes en la jurisdicción.

Los bancos u otras instituciones financieras que brindan servicios *offshore* están exentos de la mayoría de los impuestos corrientes, los requisitos sobre sus reservas de capital son mucho más flexibles, no tienen restricciones a las tasas de interés y los controles en cuanto a su liquidez son menos estrictos, al igual que las normas de adecuación de su capital. Por ello, no debe extrañar que actualmente se estimen en alrededor de 4.000 el número de bancos licenciados *offshore*, con control sobre alrededor de u$s 5 billones, es decir prácticamente un 20% del PBI mundial. Cerca de la mitad de esos ban-

[9] Financial Stability Forum, Report of the Working Group on Off Shore Centers, 5/4/2000.

cos están localizados en la cuenca del Caribe, un 30% en Europa, un 20% en Asia, y un 10% en África[10].

El origen de este fenómeno, como también la lenta decadencia que está experimentando a partir de mediados de la década del 80, se vincula estrechamente con fluctuaciones en las políticas de control de capitales en los países desarrollados.

El auge del mundo *offshore* tuvo lugar entre mediados de la década de 1960 y comienzos de la década de 1970, y se debió a varias circunstancias. Las dos más relevantes fueron, por una parte, un importante cambio en la orientación de los negocios de la industria bancaria y, por la otra, la crisis de la balanza de pagos de varios países industrializados, pero sobre todo de los Estados Unidos, que tuvo como efecto principal la imposición de controles en el movimiento de capitales[11].

Hasta la década de 1960, la industria financiera, sobre todo la bancaria, se había dedicado tradicional y principalmente al negocio minorista, es decir, a tomar dinero del público en la forma de pequeños plazos fijos o cuentas de ahorro. Las operaciones crediticias a más largo plazo y destinadas a actores con otras necesidades, como gobiernos y grandes corporaciones, no requerían hasta entonces de intermediación financiera.

Durante los años 70, los bancos diseñaron y comenzaron a explotar nuevos instrumentos dirigidos a competir con los Estados y las empresas en la captación de la liquidez generada por la crisis del petróleo[12]. El agresivo marketing que realizaron, sobre todo con el

[10] Cf. US Department of State, International Narcotics Control Strategy Report, vol. II, Money Laundering and Financial Crimes, marzo de 2006. Disponible en *www.state.gov/p/inl/rls/nrcrpt/2006/vol2/* (20/4/2008).

[11] Cf. Blum, J.; Levi, M.; Naylor, T. y Williams, Ph., *Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering*, United Nations Drug Office for Drug Control and Crime Prevention. Global Programme against Money Laundering, 1999.

[12] "La innovación crítica de los grandes bancos estadounidenses para ganar acceso a la creciente masa de dinero caliente y sin hogar fue un pedazo de papel llamado 'certificado negociable de depósito' (CD). Introducido por el Citibank en 1961, un CD funcionaba en la práctica (aunque no legalmente) como un título emitido contra un depósito de efectivo que el banco vendía a una corporación o a una persona. El comprador podía conservarlo hasta el vencimiento y canjearlo por el capital más los intereses o, si necesitaba capital antes del vencimiento, podía vendérselo al banco pagando una penalidad o a un tercero. El CD les dio a los bancos, cuya búsqueda de depósitos estaba tradicionalmente confinada a los mercados de corto plazo, una entrada en los mercados de capital de

llamado mercado del "eurodólar", rápidamente los colocó en una situación competitiva con los bonos y acciones corporativas. El dinero así captado fue luego prestado a muchos gobiernos del tercer mundo, cuya opción hasta el momento era vender bonos del Estado –a menores precios– para obtener crédito en el exterior. Probablemente la decisión de los bancos de incursionar en el negocio de los préstamos a los gobiernos fue uno de los detonantes más importantes para la expansión del mundo *offshore*, pues estos préstamos a más largo plazo sorteaban así altísimos impuestos y regulaciones sobre tasas de interés y control de capital, además de captar inmensas fortunas deseosas de evitar el escrutinio de las autoridades fiscales sobre todo provenientes de las inmensas fugas de capital producidas en los países en desarrollo.

De allí que en su origen la banca *offshore* estuviera básicamente compuesta por bancos mayoristas, es decir, bancos que proveen servicios financieros a otras instituciones financieras. Originalmente, los bancos *offshore* no mantenían relaciones comerciales con el público minorista. Su rol original era reducir los impuestos y los costos operativos de cumplir con las regulaciones de adecuación de capital y reservas. Al estar exentos de las regulaciones previstas para las operaciones de corto plazo, los clientes no residentes en la jurisdicción *offshore* podían, a través de sus mayoristas, ofrecer servicios menos costosos a sus clientes minoristas.

En segundo lugar, a mediados de los 60, y con el objetivo de reducir la inflación y el déficit en sus balanzas de pagos, varios gobiernos de países desarrollados, pero básicamente Estados Unidos, adoptaron medidas tendientes a atacar la salida de capitales de sus países. El paquete de medidas adoptado en Estados Unidos incluía límites generales para que los extranjeros tomaran créditos, límites a los préstamos que los bancos estadounidenses podían efectuar al exterior, e incentivos para que las empresas que operaban en el exterior no financiaran su expansión tomando dinero prestado en Estados Unidos.

En respuesta a esta política, muchas compañías e intermediarios financieros comenzaron a mantener sus excedentes fuera de Estados Unidos y a tomar préstamos en jurisdicciones *offshore*. Con-

largo plazo. De ese modo, podían competir con gobiernos y corporaciones que captaban dinero a través de la venta de bonos. En 1964, el CD se globalizó", cf. Naylor, Thomas, *Hot Money and the politics of debt*, McGill-Queens University Press, Ithaca, Londres, 2004, p. 36.

secuentemente, los bancos estadounidenses aumentaron sus sucursales, filiales y subsidiarias y también la proporción de sus negocios fuera de los Estados Unidos[13]. El mercado del "eurodólar" rápidamente dejó de ser exclusivamente "europeo" y exclusivamente en "dólares"[14].

En pocos años, el mundo financiero descubrió las "ventajas" de tomar y prestar dinero *offshore*: no se pagan impuestos, no hay controles al movimiento de capital, no hay controles al cambio de divisas ni tampoco cambiantes políticas en la restricción del crédito. El período más importante de crecimiento de la banca *offshore* fue el final de la década del 70 y comienzos de los años 80. Este crecimiento explica que las Islas Caimán, un territorio británico en el que para esa época vivían algo más de 40.000 personas, albergara casi 600 bancos registrados, constituyéndose en el quinto centro financiero del mundo, medido en términos de cantidad de depósitos.

Durante el auge de los años 70, muchos países pequeños del Caribe[15], pero también de Europa[16], del Pacífico asiático[17], Medio Oriente[18] y África[19], decidieron establecer regulaciones propicias para las operaciones *offshore*, como una forma de desarrollo económico, creación de puestos de trabajo calificados y, básicamente, atracción de capitales. Fueron los años de la descolonización y el nacimiento del principio de "autodeterminación de los pueblos" en las Naciones Unidas. En muchos casos, los movimientos indepen-

13 Cf. ídem, ps. 35-39.

14 Un análisis exhaustivo de las relaciones entre el Euromarket y el mundo *offshore* en la década del 80 en Blum, Richard, *Offshore Haven Banks, Trusts, and Companies: The Business of Crime in the Euromarket*, Praeger Publishers, Nueva York, 1984.

15 Anguila, Antigua, Aruba, Bahamas, Barbados, Bermuda, las Islas Vírgenes Británicas, las Islas Caimán, las Antillas Holandesas, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente, las Islas Turcas y Caicos, Panamá, Costa Rica y Belice.

16 Dublín en Irlanda, Suiza, Liechtenstein, Andorra, Luxemburgo, Campione, Mónaco, Gibraltar, Malta, Madeira, Chipre, las islas británicas de Guernsey, Jersey, Sark y la Isla de Man.

17 Hong Kong, Vuanatu, las Islas Cook, Signapur, Samoa Occidental, Macao, Manianas, las Islas Marshall, Nauru y Labuan.

18 Bahain, Dubai, el Líbano.

19 Liberia, Mauricio y las Islas Seychelles.

dentistas de estos territorios se mezclaron con menos publicitados intereses por establecer centros *offshore*[20].

A partir de fines de los años 80, el proceso comenzó a revertirse. Por una parte, se acabó la liquidez de los "petrodólares" generados por la crisis de 1973; por otra, los gobiernos de los países en desarrollo volvieron a modelos más liberales de inversión –inversión extranjera directa–. Pero principalmente, la idea de que el monto de fondos colocados *offshore* amenazaba la estabilidad del sistema financiero global fue ganando adeptos. En algunos círculos, el paradigma de liberalización de los mercados financieros fue explicado como una respuesta a este crecimiento.

El Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), por ejemplo, lo explica en estos términos: "Esta liberalización fue en parte una respuesta a la amenaza al mercado financiero tradicional provocada por los centros financieros *offshore*. Estos centros financieros, en los 60 y los 70, tuvieron la habilidad de atraer a las instituciones financieras extranjeras al ofrecerles un sistema bancario prácticamente no regulado y prácticamente exento de impuestos en un momento en el que los avances tecnológicos permitían un fácil acceso, aun a distancia. Cuando los flujos de capital hacia los centros financieros *offshore* amenazaron la estabilidad de los mercados financieros tradicionales, se adoptaron un número importante de reformas para 'nivelar el campo de juego' entre la banca *onshore* y la banca *offshore*. Los controles de cambio fueron eliminados. Algunos países establecieron mercados para competir directamente con los centros *offshore*. Además, se realizaron esfuerzos para armonizar la regulación de los mercados financieros sobre bases globales"[21].

En otras palabras, cuando muchos países comenzaron a relajar los controles de cambio y los requerimientos mínimos de reservas, los incentivos para realizar negocios *offshore* fueron disminuyendo paralelamente.

La declinación de este mercado no ha sido ni será, sin embargo, uniforme ni rápida. Frente a los cambios producidos a fines de los 80, y frente a la desregulación financiera global que hizo mucho

[20] Una descripción detallada de las tentativas realizadas en Costa Rica, Bahamas, Vuanatu, Dominica, las Antillas Holandesas y Antigua, en Naylor, *Hot Money and the politics of debt*, cit., ps. 40-46.

[21] Cf. OCDE, Committee on Fiscal Affaires, "Improving Access to Bank Information for Tax Purposes", 2000, p. 22.

menos atractivas las operaciones *offshore*, estos países vieron mermadas las cantidades de activos que afluían durante la década anterior. De modo que reaccionaron tratando de crear nuevos incentivos para mantener el atractivo de depositar fondos en sus jurisdicciones. Esos atractivos estuvieron centrados, por una parte, en ofrecer sus territorios para depositar dinero sin pagar impuestos y, por otra, en ofrecer regulaciones que protegen de modo muy estricto la confidencialidad entre los clientes y los bancos, de modo tal que resulte imposible para terceros –sean éstos competidores, autoridades fiscales de otros países o inclusive los funcionarios encargados de la persecución penal– conocer la identidad de los clientes.

Dadas las anteriores características, es fácil advertir que desde los años 70 estos centros financieros fueron utilizados no sólo para ocultar dinero ilícitamente obtenido, sino por la mayoría de los actores regulares del mercado financiero y mercantil: las compañías internacionales que maximizan ganancias sujetándose a regímenes impositivos bajos; las empresas y personas físicas que quieren proteger su propiedad de eventuales (o actuales) acreedores; las personas que quieren disponer de su patrimonio en forma diferente a lo previsto por las leyes sucesorias de su país; los inversores que quieren evitar que sus competidores conozcan sus posibilidades de inversión; las instituciones financieras que ofrecen a sus clientes regímenes impositivos menos costosos; las compañías financieras, de bolsa y de seguros que aprovechan jurisdicciones con bajos impuestos para acumular sus reservas, etcétera.

Sin embargo, luego de la liberalización de los mercados financieros, los incentivos para operar *offshore* disminuyeron para los actores regulares y se mantuvieron para personas en busca de "paraísos fiscales" –como comúnmente se denomina a estas jurisdicciones– y para los tenedores de dinero ilícitamente obtenido en busca del "secreto" que hasta hace poco estas jurisdicciones garantizaban de manera más o menos uniforme.

A fines de los años 90, la preocupación por el crecimiento de los centros *offshore* generó una serie de iniciativas internacionales para discutir los alcances del fenómeno. En su reunión de 1999, el Grupo de los 7 estableció los "Diez Principios Básicos para Mejorar la Cooperación Internacional en los Delitos Financieros y en los Abusos Regulatorios"[22]. Posteriormente, el Foro de Estabilización Financie-

[22] Los principios se fundamentan en la necesidad de superar los problemas suscitados por los centros *offshore* poco regulados o no cooperadores y pro-

ra creó el Grupo de Trabajo en Centros Offshore, que publicó un informe sobre la influencia del fenómeno *offshore* en la economía mundial y la necesidad de que adecuaran sus regulaciones al cumplimiento de los estándares financieros internacionales más importantes, entre ellos, los vinculados con la prevención y represión del lavado de activos[23]. En forma paralela, el Grupo de Trabajo sobre Soborno Transnacional de la OCDE inició una serie de discusiones vinculadas al uso de los centros *offshore* en casos de corrupción en transacciones comerciales internacionales[24].

En 2000, dos importantes iniciativas, que trabajaron coordinadamente, fueron lanzadas con el objetivo de reducir los riesgos que algunos centros *offshore* presentan para la economía global.

III. La iniciativa del GAFI contra los países no cooperadores

En 2000, el GAFI lanzó la "Iniciativa contra los Países y Territorios no Cooperadores" con el objetivo principal de acelerar la armonización legislativa y regulatoria en materia de prevención y represión del lavado de activos. La iniciativa apuntaba a "aumentar la protección del sistema financiero mundial asegurando que todos los centros financieros cuenten con medidas efectivas para prevenir, detectar y reprimir el lavado de dinero"[25].

Para lograr tal objetivo, en febrero de 2000, el GAFI publicó una lista de 25 criterios mínimos que todo país debía cumplir. Los criterios[26] fueron divididos en cuatro áreas de influencia principal:

---

ponen mecanismos de cooperación entre las autoridades de supervisión financiera y las autoridades de persecución penal. Cf. G-7 Ten Key Principles for the Improvement of International Cooperation Regarding Financial Crime and Regulatory Abuse (1999).

23 Financial Stability Forum, "Report of the Working Group on Offshore Centers", 5 de abril de 2000, disponible en *www.fsforum.org/publications/RepOFC2000.pdf.fsforum.org/publications/RepOFC2000.pdf* (20/4/2008).

24 Ver, por ejemplo, Pieth, M., *Measures to prevent the use of Financial Centers in bribery and corrupt transactions*, mimeo en poder del autor, 2000.

25 Ver GAFI, "Annual and Overall Review of Non Cooperative Countries and Territories", junio de 2005, disponible en *www.fatf-gafi.org* (20/4/2008).

26 Traducción no oficial de la Lista de Criterios para Definir Países y Territorios No Cooperadores, extraído de FATF, "Annual and Overall review of Non Cooperative Countries and Territories", Anexo I, ps. 19 y ss., disponible en *www.fatf-gafi.org* (20/4/2008).

1. Las regulaciones financieras, tanto las relacionadas con el otorgamiento de licencias bancarias, con el alcance del secreto bancario, como las vinculadas con el establecimiento de procesos de identificación de clientes, de monitoreo de transacciones y de reporte de operaciones sospechosas a las unidades de investigación financiera.

2. Las regulaciones vinculadas con el registro de personas jurídicas, dirigidas a mitigar los efectos de los diversos vehículos corporativos.

3. Las regulaciones vinculadas con la cooperación internacional, tanto a nivel administrativo como judicial.

4. Los recursos destinados por el Estado a la implementación de sistemas de detección y represión del lavado de activos.

Cada miembro del GAFI podía proponer la evaluación de cualquier jurisdicción a la que considerara, con fundadas razones, no cooperadora. Usualmente, los países llevaban al pleno del GAFI, como prueba de falta de cooperación, exhortos internacionales dirigidos a un país en el que nunca habían sido respondidos o que habían sido respondidos muy deficientemente.

Durante el proceso de evaluación, el país evaluado era invitado a intervenir en el proceso a través de intercambios epistolares, presentaciones al grupo de evaluación y comentarios específicos a los reportes de evaluación. Todo el proceso, hasta la determinación final, se realizaba en estricta confidencialidad.

Si el país era evaluado como no cooperador, se lo incluía en una lista pública. Para ser removido, el país debía adoptar medidas para subsanar las deficiencias identificadas en el reporte y presentar un plan de implementación efectiva. Una vez establecidas las leyes y regulaciones, el país era sometido a un proceso de revisión del proceso de implementación y podía ser removido de la lista, aunque quedaba "en observación" hasta tanto el proceso demostrara ser eficiente.

Cuando un país era colocado en la lista, el GAFI recomendaba a sus miembros que establecieran medidas específicas al realizar transacciones económicas con personas físicas o jurídicas de ese país, lo que usualmente se traducía en reglamentaciones del supervisor financiero indicando a los intermediarios financieros la necesidad de aumentar la diligencia en transacciones provenientes de ese país. Esto originaba un aumento de los costos de los servicios financieros provenientes del país puesto en la "lista de países no cooperadores" y, consecuentemente, perjudicaba económicamente a tal jurisdicción.

En este proceso fueron evaluados 47 países[27] de los cuales 23 fueron identificados como "no cooperadores" (15 en el año 2000[28] y 8 en el año 2001[29]). La mayoría de ellos comenzó a adoptar medidas apropiadas rápidamente, pues la amenaza de que se adoptaran "contramedidas" resultaba una presión demasiado agobiante. Solamente en seis casos el GAFI debió indicar que si no se adoptaban medidas rápidamente, se aplicarían contramedidas[30], lo que ocurrió en un solo caso[31]. En los otros dos casos[32] se aplicaron contramedidas porque las medidas adoptadas por los países no fueron apropiadas.

A través de este mecanismo de presión internacional, se revisaron las leyes y el funcionamiento de los servicios financieros de 47 países, con lo que se aceleró significativamente el proceso de reducción del anonimato en muchos centros financieros *offshore*. Desde el 13 de octubre de 2006 no hay ningún país o territorio identificado como "no cooperador" y el Presidente del GAFI ha declarado públicamente que la iniciativa ha logrado el impacto de cumplimiento buscado y que probablemente no sea necesario recurrir al sistema de "lista negra" nuevamente. Sin embargo, la iniciativa es un mecanismo latente.

IV. La iniciativa del Fondo Monetario Internacional en los centros *offshore*

En junio de 2000, en forma paralela y coordinada con la iniciativa del GAFI, el Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI)

[27] Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Islas Cook, Chipre, Dominica, Gibraltar, Guernsey, Isla de Man, Israel, Jersey, Líbano, Liechtenstein, Malta, Islas Marshall, Mauricio, Mónaco, Nauru, Niué, Panamá, Filipinas, Rusia, Samoa, Seychelles, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Vanuatu, Costa Rica, República Checa, Egipto, Granada, Guatemala, Hungría, Indonesia, Myanmar, Nigeria, Palaos, Polonia, Eslovaquia, Islas Turcas y Caicos, Emiratos Árabes Unidos, Ucrania y Uruguay.

[28] Bahamas, Islas Caimán, Islas Cook, Dominica, Israel, Líbano, Liechtenstein, Islas Marshall, Nauru, Niue, Panamá, Filipinas, Russia, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas.

[29] Egipto, Granada, Guatemala, Hungría, Indonesia, Myanmar, Nigeria y Ucrania.

[30] Nauru, Filipinas, Rusia, Nigeria, Myanmar y Ucrania.

[31] Myanmar.

[32] Nauru y Ucrania.

también lanzó un programa para evaluar el cumplimiento de aquellos estándares internacionales que podían influir en la estabilidad financiera mundial[33]. A diferencia de la iniciativa del GAFI, la del FMI consistía en un programa voluntario del cual participaron 44 jurisdicciones. El programa comenzaba con una auto-evaluación asistida por expertos, uniforme para todos los participantes, continuaba con un módulo focalizado en los principales negocios de cada centro *offshore* evaluado y finalizaba con un reporte de evaluación comprehensivo de todos los estándares. El FMI ponía a disposición de cada jurisdicción evaluada la asistencia técnica necesaria para implementar las recomendaciones.

El incentivo para enlistarse en el programa del FMI era el temor al condicionamiento en las relaciones con las instituciones financieras internacionales. Del mismo modo que la del GAFI, la estrategia ha tenido un notable impacto en la transformación regulatoria del sector financiero en los 44 países evaluados hasta el momento. Una contribución adicional del programa, aún vigente, es la de producir información sobre el funcionamiento del sector financiero en países sobre los cuales no existía información[34].

V. El efecto indirecto de las reglas de supervisión consolidada

Aunque de manera más indirecta, las reglas desarrolladas para reducir los llamados "riesgos sistémicos" también contribuyeron a disminuir los riesgos que presentan los centros *offshore* desregulados. En particular, la permanente evolución de las reglas sobre supervisión consolidada sortea las barreras tradicionales que presenta la jurisdicción territorial con el efecto indirecto adicional de aislar a los bancos no supervisados.

La globalización de las transacciones y de las propias instituciones financieras –muchas de ellas ahora convertidas en *holdings* que operan en diversas jurisdicciones de modo interconectado– también ha provocado que los problemas de crédito y liquidez, antes contenidos territorialmente, resulten ahora "contagiosos" regional o

[33] Se trata de los estándares fijados por diferentes organizaciones internacionales en materia de contabilidad, prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, auditoría, supervisión bancaria, gobierno corporativo, transparencia fiscal, estadísticas, transparencia monetaria y financiera, mercado de valores, y regulaciones crediticias y de quiebras. Un detalle de cada estándar y de los organismos que contribuyen a establecerlo disponible en *www.imf.org/external/standards/agency.htm* (20/4/2008).

[34] Los informes de los países evaluados pueden consultarse en *www.imf.org/external/np/ofca/ofca.asp?sort=cty#CA* (20/4/2008).

globalmente. Para prevenir estos riesgos, el CBSB auspició una iniciativa tendiente a homogeneizar una serie de reglas entre todos los supervisores bancarios. Los estándares elaborados por el Comité, básicamente relacionados con los problemas de liquidez y solvencia, evolucionaron desde la regla de que todas las oficinas de un banco extranjero deben ser supervisadas[35] hasta el estándar actualmente vigente de la supervisión consolidada[36].

La regla de la supervisión consolidada fue establecida como consecuencia del escándalo del Banco de Crédito y Comercio Internacional (en adelante, BCCI)[37], que determinó a los países centrales a firmar acuerdos internacionales obligando a que los supervisores bancarios requirieran a sus instituciones financieras reportes consolidados de las operaciones de todas sus sucursales y filiales, incluyendo las *offshore*, e incluso obligando a estos bancos a permitir a sus supervisores visitas e inspecciones en las filiales *offshore*, de modo de poder revisar el cumplimiento de normas básicas de conocimiento del cliente y debida diligencia.

En efecto, a raíz de las políticas de prevención del lavado de activos, el CBSB auspició el establecimiento de una política consolidada en relación con la regla "conozca a su cliente". El Comité ha indicado que dicha regla "debería incorporar información y monitoreo de las cuentas de clientes que sea consistente globalmente a través de las fronteras de negocios y de las geografías, además de control por parte de las casas matrices a fin de descubrir las transacciones sospechosas que de otro modo no serían detectadas"[38].

[35] CBSB, Concordato de Basilea de 1975 sobre la supervisión de establecimientos bancarios en el extranjero, disponible, en inglés o francés, en *www.bis.org/publ/bcbs00a.htm* (20/4/2008). En 1983 se emitió un Concordato revisado que específicamente indicaba que las reglas no se proponían resolver el problema de qué país debe responder como prestamista de *ultima ratio* cuando la filial o sucursal de un banco internacional quiebra (disponible, en inglés y francés, en *www.bis.org/publ/bcbsc312.htm*, 20/4/2008).

[36] CBSB, "Minimum standards for the supervision of international banking groups and their cross-border establishments", julio de 1992, disponible, en inglés, en *www.bis.org/publ/bcbsc314.htm* (20/4/2008).

[37] El BCCI quebró en 1991 y se descubrió que había realizado actividades ilegales, manteniendo libros fraudulentos en los que figuraban préstamos ficticios y depósitos no registrados y realizando transferencias entre sus subsidiarias para ocultar las enormes pérdidas. Cf. Wiener, Jarrod, *Globalization and the Harmonization of Law*, Pinter, Londres, 1999, p. 73.

[38] CBSB, "Consolidated KYC Risk Management", agosto de 2003, disponible en *www.bis.org/publ/bcbs101.htm* (20/4/2008).

Es decir que las políticas del banco en relación con su deber de conocer a sus clientes deberían ser adoptadas globalmente en todas las filiales y subsidiarias. Además, las instituciones bancarias deberían poder garantizar que la información sobre la identidad del cliente se encuentre disponible en todas las oficinas del banco, ya sea mediante una base de datos centralizada o mediante bases de datos descentralizadas que compartan información a través de la casa matriz. Esta última opción es preferible, ya que en muchas jurisdicciones –básicamente *offshore*– los reguladores no permiten que se transfiera información al extranjero.

También puede presentarse un problema si las leyes del país en el que se encuentra una oficina del banco no permiten cumplir los estándares establecidos en el país en el que se encuentra la casa matriz. En estos casos, el Comité recomienda informar a la casa matriz, revisar su vulnerabilidad e implementar una mayor protección, incluyendo la posibilidad de dejar de operar desde esa jurisdicción.

El proceso de homogeneizar las reglas de las multinacionales bancarias de acuerdo con los estándares de la casa matriz y más allá de los requerimientos particulares de cada jurisdicción en la que tienen filiales o subsidiarias fue también impulsado desde la propia industria. En el año 2000, once de los mayores bancos del mundo del sector de la banca privada conformaron el Grupo Wolfsberg[39], que desde entonces ha emitido una serie de estándares tendientes a auspiciar políticas unificadas en materia de lucha contra el lavado de activos[40], la corrupción pública[41] y el financiamiento del terrorismo[42].

[39] ABN AMRO Bank N.V., Banco Santander Central Hispano S.A., Barclays Bank, Citigroup, Credit Suisse Group, Deutsche Bank AG, Goldman Sachs, HSBC, J. P. Morgan Chase, Société Générale, UBS AG. En el año 2001, se unió al grupo el Bank of Tokyo-Mitsubishi Ltd.

[40] "Anti-Money Laundering Principles for Private Banking", publicados en octubre de 2000 y revisados en mayo de 2002; "Anti-Money Laundering Principles for Correspondent Banking", publicados en noviembre de 2002; "Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks" y "AML Guidance for Mutual Funds and Other Pooled Investment Vehicles", publicados en marzo de 2006. Disponibles en *www.wolfsberg-principles.com* (20/4/2008).

[41] "Statement against Corruption", publicado a comienzos de 2007. Disponible en *www.wolfsberg-principles.com* (20/4/2008).

[42] "Statement on the Financing of Terrorism", publicado en enero de 2002. Disponible en *www.wolfsberg-principles.com* (20/4/2008).

VI. Servicios riesgosos de la banca *offshore*

Los servicios ofrecidos en las jurisdicciones *offshore* están rodeados de mitos, parcialmente alimentados por la cultura de hermetismo que impera en muchos de ellos, pero más probablemente por la falta de información confiable acerca de su funcionamiento. Las iniciativas reseñadas en los apartados precedentes contribuyeron a reducir este último aspecto.

En esta sección hemos seleccionado aquellos servicios *offshore* que históricamente han presentado mayores obstáculos para las investigaciones penales y que, teniendo en cuenta el impacto que han tenido las iniciativas descritas anteriormente, pueden considerarse superados formalmente. Explicaremos en qué consisten tales servicios, bajo qué condiciones presentan riesgos para las investigaciones tendientes al decomiso del producto del delito y cuáles son los estándares actualmente vigentes.

VI. 1. Secreto bancario

La protección de la confidencialidad de la relación cliente-banco es un componente de cualquier sistema financiero. Cuando una persona confía su dinero o el manejo de sus inversiones a un banco, cuenta con que existe un deber de no divulgar la información de los clientes por parte del banco. Por eso, los bancos garantizan un alto nivel de confidencialidad para captar activos. Adicionalmente, en todos los países del mundo existen leyes que protegen las relaciones entre los clientes y las instituciones financieras, pues es un modo de estimular el crecimiento y desarrollo del sistema financiero y, a través de él, de otros sectores productivos y de servicios.

El grado de protección que los diferentes sistemas jurídicos otorgan a la información brindada por un cliente bancario varía de país en país, reflejando la importancia que tal sociedad otorga a la confidencialidad bancaria.

En la mayoría de los países, tanto los de tradición europeo-continental como los de tradición anglosajona, la protección jurídica del secreto bancario es de carácter civil, es decir que es tratada por la ley como una relación contractual de derecho privado, sujeta al sistema de responsabilidad contractual y al emergente de los daños causados. En muchos países, existe inclusive legislación y abundante jurisprudencia acerca del "derecho a la privacidad financiera", que en algunos casos otorga a la protección rango constitucional y, en otros, refuerza en qué casos y condiciones existe mayor responsabilidad por la divulgación de la información financiera.

En las jurisdicciones que proveen servicios *offshore*, en cambio, la confidencialidad de la relación cliente-banco está por lo general protegida penalmente[43]. En estos casos, existe una amenaza de sancionar con penas privativas de la libertad y multas a las personas –usualmente funcionarios y empleados del sistema financiero– que revelen o divulguen de cualquier modo información que hubieran obtenido de algún cliente.

En algunos centros *offshore*, las reglas de protección de la confidencialidad de la información financiera prohibían incluso el acceso de las autoridades locales, cualquiera fuera la finalidad que quisiera dársele a la información requerida. Es decir que las instituciones financieras estaban exceptuadas de brindar información bancaria sobre clientes no residentes inclusive frente a una investigación penal local.

El interés en obtener información financiera de un cliente no residente, sin embargo, nunca provenía de las autoridades locales. En otros términos, el resultado de la aplicación de esa regla era bloquear la operación internacional con las autoridades tributarias o penales de los países de los cuales eran nacionales los clientes en cuestión.

Por ello, el aspecto más problemático del secreto bancario en los centros *offshore* se produjo siempre en el ámbito de la cooperación internacional. Cuando las autoridades extranjeras requerían a través de la asistencia mutua legal cualquier información bancaria, las autoridades locales respondían que, según las leyes internas, ni siquiera ellos tenían acceso a esa información.

En otros centros *offshore*, el acceso por parte de las autoridades locales a la información financiera sólo estaba permitido para fines de investigación doméstica[44], aunque rara vez fuera necesario –porque no hay delitos financieros que puedan cometer los no residentes que sólo están autorizados a hacer negocios en otros países–. Frente al requerimiento de autoridades extranjeras, los pedidos de asistencia mutua eran denegados con fundamento en leyes internas que expresamente prohibían la cooperación internacional o bien con fundamento en la denominada cláusula de "orden público" que per-

[43] Ver, por ejemplo, el art. 47 de la ley de bancos Suiza de 1934 o el art. 41 de la ley de Luxemburgo del 5 de abril de 1993, entre muchas otras.

[44] Ver, por ejemplo, los casos de las Islas Caimán, las Bahamas y las Islas Vírgenes Británicas, entre muchos otros, en Campbell, D., *International Bank Secrecy*, Sweet and Maxwell, Londres, 1992.

mite a los Estados denegar pedidos de cooperación internacional cuando ello pone en riesgo o compromete la soberanía, la seguridad o cualquier otro aspecto del orden público del Estado requerido. En algunos casos, hoy ya inexistentes, la ley interna permitía a las autoridades denegar la cooperación incluso cuando existiera una obligación internacional en contrario[45].

Frente a este panorama, no han sido pocos los casos en los cuales las autoridades encargadas de la persecución penal han adoptado estrategias de investigación tendientes a quebrantar el secreto bancario establecido en los centros *offshore* de manera unilateral.

Por lo general, un banco que opera internacionalmente tiene filiales –y no subsidiarias– en el lugar en el que capta clientes[46]. Aprovechando esta situación, uno de los intentos más comunes de quebrar el secreto bancario de un centro *offshore* era ordenar judicialmente a la filial local del banco o a sus representantes legales la producción de documentos o información mantenida en la jurisdicción *offshore*[47].

Otra estrategia consistía en vigilar el momento en el que algún funcionario del banco ingresara al país en el que se llevaba a cabo la investigación para citarlo como testigo, bajo apercibimiento de arresto. Usualmente, el declarante argumentaba que tal declaración constituiría un delito en su país por violación del secreto bancario.

45 Así, por ejemplo, el antiguo art. 10.2 de la Ley de Cooperación Internacional Suiza establecía: "La revelación de un secreto comercial en el sentido del art. 273 del Código Penal, o cualquier hecho sobre el cual un banco está usualmente obligado a guardar secreto, no puede ser permitida si existen motivos para temer que tal revelación afectará seriamente la economía suiza y si ello es inaceptable comparándolo con la importancia del delito". Al declarar inconstitucional esta norma, el Tribunal Superior Federal suizo afirmó que "las leyes de cooperación internacional en materia penal y los acuerdos internacionales en estas materias deben contribuir a que Suiza pierda la reputación de ser un país en el cual el dinero obtenido ilícitamente encuentra refugio debido al secreto bancario", Sentencia del 28 de noviembre de 1984.

46 A diferencia de las sociedades del sector productivo, las empresas del sector financiero que operan a escala multinacional usualmente se organizan a través de "filiales" porque los costos de prestarse y transferirse dinero en general son menores si jurídicamente son consideradas "la misma entidad" que si son subsidiarias con responsabilidades limitadas.

47 En "US v. Bowe", un juez ordenó a los abogados estadounidenses de un banco extranjero, bajo penas de arresto, que aportaran al tribunal la información que sus clientes mantenían en el exterior. Ver "US v. Bowe" 694 Fd 1256 (11º Circ.) 1982.

En el caso de los Estados Unidos –principal promotor de estas estrategias unilaterales– este argumento funcionó hasta comienzos de los años 60[48]. Sin embargo, con el auge de los centros *offshore* y la consecuente imposibilidad de obtener información, la Corte Suprema estadounidense revirtió su posición y los testigos que enfrentaban este conflicto de leyes eran arrestados si no declaraban en los tribunales estadounidenses[49].

Otra estrategia unilateral para penetrar el secreto bancario consistía en negociar con los imputados la firma de un documento en el que ellos mismos requirieran a sus bancos que enviaran la información a los tribunales[50]. En una muy cuestionada decisión, la Corte Suprema de Estados Unidos negó que esta estrategia violara la prohibición de auto-incriminación coactiva, arguyendo que el imputado no estaba "ni identificando los documentos buscados ni confirmando su existencia"[51].

Desde el punto de vista del derecho internacional, la legalidad de estas medidas unilaterales pone en cuestión la vigencia del principio, reconocido como integrante del concepto de soberanía, que prohíbe a las autoridades de un país realizar investigaciones en el territorio de otro país sin autorización expresa[52]. Para determinar si las llamadas "órdenes extraterritoriales" son compatibles con el derecho internacional, la pregunta que hay que responder es si constituyen una forma de ejercicio de funciones gubernamentales fuera del territorio, porque, si así fuera, serían equiparables a investigaciones realizadas fuera del territorio, lo que se encuentra expresamente prohibido por el derecho internacional.

En el caso de las órdenes que exigían a filiales o abogados de un país o testigos que eventualmente se encontraban bajo la jurisdicción de ese país que entregaran documentación que estaba en poder

48 Ver "Societé Internationale v. Rogers" (1958) 357 US 197, 208 y 209.

49 Ver, por ejemplo, "US v. Field", 532 F2d 404 (1976).

50 Ver "US v. Ghidoni", 732 Fd. 814 (11º Circ.) 1984. Estos documentos o *waivers* se conocen como "Ghidoni waiver", por el precedente citado.

51 Ver "Doe v. US" 487 US 201.

52 El art. 2.3 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas establece: "las Partes no pueden emprender en el territorio de otro Estado Parte acciones que impliquen el ejercicio de jurisdicción o funciones que están exclusivamente reservadas las autoridades de ese Estado Parte por su derecho interno".

de una filial de otro país, existe un conflicto de leyes evidente[53]. El principio que gobierna la solución de estos casos es el que establece que ningún país puede requerir a nadie la comisión de un delito en otro país. Por otra parte, desde el punto de vista del cliente bancario, existe una expectativa a creer que todo lo concerniente a un producto bancario se regirá por las leyes del país en el que fue contratado y no que ello variará dependiendo de las sucursales, filiales o casas matrices del banco de que se trate.

Por otra parte, no fueron pocas las ocasiones en las que estas iniciativas unilaterales fracasaron[54] y, cuando tuvieron éxito en el caso concreto, usualmente fueron el detonante para que los centros *offshore* endurecieran aun más las leyes que protegían el secreto bancario.

Por ejemplo, cuando en Estados Unidos se admitió que el imputado pidiera a su propio banco que enviara al tribunal los extractos de sus cuentas, varios centros *offshore* implementaron regulaciones prohibiendo a los funcionarios la entrega de cualquier tipo de información, inclusive la requerida por los propios clientes[55].

[53] El conflicto consiste en que una misma persona jurídica –en el caso del testigo una sola persona física– está al mismo tiempo sujeta a dos legislaciones contradictorias: si cumple con la revelación de la información, viola las leyes de secreto bancario; si calla, es castigado por desobedecer a la justicia del otro país.

[54] En el famoso caso de Mark Rich, un juez estadounidense ordenó a la filial de Nueva York de la empresa que presentara al tribunal una serie de documentos que estaban en poder de la filial suiza de la empresa, imponiéndole una multa diaria de u$s 50.000 por cada día de incumplimiento. Antes de que la filial suiza entregara los documentos, el Gobierno suizo reaccionó invocando una transgresión a su soberanía y ordenó el secuestro de los documentos, impidiendo de ese modo la producción de la información en la Corte estadounidense. En otro tramo del mismo caso, otro juez estadounidense ordenó al Banco Citibank de Nueva York que entregara al Tribunal unos documentos de la empresa Mark Rich que estaban en poder de Citibank New York, y que la filial de Londres tenía en custodia. La empresa Mark Rich pidió a un juez de Londres que ordenara a la filial de Citibank de Londres que se abstuviera de entregar la información fundado en su carácter de depositario bancario de los documentos. Cf. Bernasconi, Paolo, "Flux Internacionaux de capitaux d'origine illicite. La Suisse face aux nouvelles strátegies", en *Nuovi instrumenti giudiziari contra la criminalita economica internazionale*, Citta del Sole, Nápoles, 1995, ps. 167 y siguientes.

[55] Bahamas endureció sus leyes de secreto impidiendo obtener información confidencial de los clientes de sus bancos como reacción a la denominada "Operación Greenback", cf. Naylor, *Hot Money and the politics of debt*, cit., p. 300.

Estas reacciones mostraron la necesidad de abandonar el unilateralismo. Pese a varios intentos anteriores, el primer instrumento internacional multilateral y de alcance universal que prohibió expresamente la invocación del secreto bancario como argumento para rechazar un pedido de cooperación internacional fue la Convención de Viena de 1988, que en su artículo 7.5 establece: "Las partes no invocarán el secreto bancario para negarse a brindar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo".

Esta fórmula fue posteriormente reproducida en otras convenciones internacionales, como el artículo 16 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el artículo 9.3 de la Convención de la OCDE contra el Soborno de Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, el artículo 18.8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el artículo 46.8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, UNCAC).

Evidentemente, esta regla tiene impacto en las jurisdicciones que denegaban asistencia mutua legal con fundamento en que las prohibiciones establecidas en sus leyes internas sobre secreto bancario se lo impedían. Actualmente, en la mayoría de los centros *offshore* el secreto bancario no es, al menos formalmente, un impedimento legal para obtener asistencia mutua legal en asuntos penales.

VI. 2. Cuentas numeradas o anónimas

Otro de los servicios que usualmente brindaban los bancos incorporados en jurisdicciones *offshore*, estrechamente vinculado al secreto bancario, eran las cuentas numeradas o anónimas, que actualmente están prohibidas en todos los países del mundo.

Las cuentas numeradas –una combinación alfanumérica– o anónimas –cuentas abiertas con un seudónimo o nombre falso, pero con consentimiento del banco– eran una forma de asegurar al cliente que ningún oficial del banco conocía su identidad, con lo que se reducían notablemente los riesgos de divulgación a terceros (acreedores privados, autoridades del país de origen).

La obligación "conozca a su cliente", pilar del sistema preventivo del lavado de activos, está dirigida precisamente a evitar estas situaciones. Todas las jurisdicciones requieren actualmente a sus instituciones financieras que verifiquen la identidad de sus clientes y tomen los recaudos necesarios para verificar al beneficiario final de los fondos. Actualmente, el servicio de "cuentas numeradas" implica que el nombre de un cliente no figure en la documentación que soporta las transacciones ni en la correspondencia entre el clien-

te y el banco. Ello puede demorar una investigación en tanto las autoridades deberán requerir a la institución financiera la identidad del cliente, pero no logrará obstaculizarla definitivamente como ocurría en el pasado.

VI. 3. *Shell banks*

Cuando los países centrales comenzaron a supervisar a las filiales de sus bancos, muchos centros *offshore* comenzaron a ofrecer licencias para abrir bancos con relativa rapidez y sin sujeción a ninguna supervisión.

Esto dio lugar al desarrollo de los denominados "bancos cáscara" o *shell banks*. Una definición internacionalmente aceptada de *shell banks* es que "es un banco sin presencia física (es decir, sin una dirección central propiamente dicha) en el país en el que se ha constituido y que le ha otorgado su licencia, y que no forma parte de ningún grupo financiero que esté sujeto a una supervisión consolidada efectiva"[56].

Para una institución financiera, se entiende por presencia real el lugar donde se encuentra la dirección central y la administración de la organización, para que el supervisor pueda ejercer sus controles. Normalmente, los *shell banks* tienen una pequeña oficina conducida por un agente local o por personal administrativo que cumple la función de proveer un domicilio legal y de manejar la correspondencia. Sin embargo, el personal no tiene conocimiento de las operaciones del banco. La dirección central de los *shell banks* usualmente se encuentra en una jurisdicción diferente, ya sea en las oficinas de una entidad asociada o incluso en una residencia privada.

Como los *shell banks* no forman parte de un grupo de servicios financieros supervisado, es posible que la autoridad de supervisión en el país desde el cual se conduce el banco ni siquiera sepa que el banco existe; mucho menos, que está siendo manejado desde su jurisdicción. Además, dado que la dirección central del *shell bank* se encuentra en una jurisdicción diferente, aun si el supervisor de la jurisdicción en la que opera sabe que el banco existe, no puede ejercer ningún tipo de control porque no tiene acceso a los libros y registros.

Usualmente, los *shell banks* han sido muy utilizados para exportar ganancias ilícitas, particularmente en esquemas de alta corrup-

[56] CBSB, "Bancos simulados y oficinas operativas", enero de 2003, disponible en *www.bis.org/publ/bcbs95s.pdf* (20/4/2008).

ción política[57]. Algunos centros *offshore* auspiciaban inclusive la utilización de las llamadas "cuentas caminantes". En los círculos de investigación, se conoce con este nombre a un tipo de cuentas en las que el banco emite instrucciones para que el dinero sea transferido inmediatamente a una segunda cuenta, abierta en otro país, también *offshore*, de modo de alejar aun más el origen del dinero. Muchas veces, las instrucciones incluían la directiva de que, en caso de que las autoridades preguntaran por fondos transmitidos a la cuenta caminante, los oficiales del banco avisaran a los oficiales del segundo banco, para que a su vez transfirieran los fondos a una tercera cuenta. Estos esquemas tienen como objetivo imposibilitar la tarea de los oficiales especializados en rastrear el dinero obtenido ilícitamente.

Como veremos en detalle en el capítulo siguiente, la UNCAC[58] exige que los Estados parte adopten diversas medidas en relación con los *shell banks*. Por una parte, exige medidas tendientes a impedir el establecimiento de *shell banks* en sus jurisdicciones. Usualmente, esta medida se materializa dejando de extender nuevas autorizaciones a dichas entidades y exigiendo a las existentes que muden su oficina principal al país de origen o que cierren definitivamente. Sin embargo, como se explicó anteriormente, existen casos en los cuales el supervisor bancario ni siquiera tiene conocimiento de que un *shell bank* está operando desde su jurisdicción. En estos casos, la implementación de esta obligación requiere que el supervisor adopte medidas de investigación.

Por otra parte, la UNCAC recomienda que los Estados parte prohíban que sus instituciones financieras entablen relaciones con *shell banks* en calidad de bancos corresponsales y que se abstengan de establecer relaciones con bancos que sí mantienen relaciones con *shell banks*. El fundamento de esta recomendación, ya vigente en las regulaciones internas de muchos países[59], es que los *shell banks* no son utilizados por su reputación en la custodia de los depósitos, sino

[57] Para el caso de la Argentina ver, entre otros, el informe del Subcomité de investigaciones del Senado estadounidense: "The Role of U.S. Correspondent Banking in International Money Laundering", US Government Printing Office, Washington, 2001, especialmente vol. 5, ps. 4585 y siguientes.

[58] Art. 52.4.

[59] Esta recomendación fue originalmente auspiciada por el CBSB en su documento "Debida diligencia con la clientela de los bancos", de octubre de 2001, disponible en *www.bis.org/publ/bcbs85.htm* (20/4/2008).

por el anonimato y las facilidades que proveen para encubrir el origen de los fondos. Es decir que pocas veces el dinero se mantiene depositado en un *shell bank*; en general, es inmediatamente trasladado a otras jurisdicciones. Las medidas requeridas por la UNCAC, como veremos en el capítulo siguiente, tienden por ello a impedir la transferencia de fondos desde los *shell banks* a instituciones financieras supervisadas. El razonamiento es que si se los aísla, perderán su razón de ser.

Los bancos no sujetos a ninguna supervisión deben ser diferenciados de las llamadas "sucursales operativas" (*booking branches*) y de las "filiales operativas" (*booking subsidiaries*) de otros bancos. Las primeras constituyen un obstáculo para cualquier investigación financiera porque ni siquiera es posible establecer la jurisdicción en la cual se encuentra el registro de transacciones.

Las sucursales operativas, en cambio, son sucursales de un banco extranjero que no cuentan con una dirección central en la jurisdicción que le ha concedido su licencia. "A menudo, estas sucursales no son más que 'un letrero en la puerta', pues los servicios administrativos básicos los lleva a cabo un agente local, quien puede incluso ofrecer este tipo de servicios también a otros bancos. La administración de la sucursal puede llevarse a cabo en una oficina situada en la jurisdicción de origen de la sede principal o incluso en otra jurisdicción distinta, que puede estar sujeta o no a supervisión"[60].

Sin embargo, a diferencia de los *shell banks*, las sucursales operativas forman parte de un banco que está regulado por el supervisor del país de origen. Las sucursales operativas son principalmente utilizadas para escapar a ciertas restricciones regulatorias, sobre todo impositivas. El ejemplo más común son las cuentas *overnight* ("por la noche"). La gran mayoría de los bancos estadounidenses y europeos mantienen sucursales operativas en centros *offshore* que se encuentran en la misma franja horaria con dirección centralizada en la sucursal de la ciudad de Nueva York, como las Bahamas y las Islas Caimán. Ello les permite ofrecer a sus clientes corporativos las llamadas *overnight accounts* o *sweep accounts* que se utilizan para eludir la regla que impide a las instituciones financieras de los Estados Unidos devengar intereses en las cuentas corrientes comerciales mientras la reserva federal permanece cerrada (durante la noche). Para evitar esta desventaja competitiva, al cierre de cada día hábil se

[60] CBSB, "Bancos simulados y oficinas operativas", enero de 2003, p. 6, disponible en *www.bis.org/publ/bcbs95.htm* (20/4/2008).

transfieren los fondos desde Estados Unidos hacia una cuenta situada en una sucursal operativa, donde permanecen hasta el día siguiente, cuando retornan a la cuenta estadounidense.

Sin perjuicio de pertenecer a un grupo bancario supervisado, las sucursales operativas también pueden ser vulnerables a ser utilizadas para canalizar fondos de origen ilícito. Para evitar tales abusos, la casa matriz debe asumir frente a su supervisor la responsabilidad por la gestión de la sucursal operativa, informándole el lugar donde se mantendrán los libros y archivos de la sucursal y compartiendo esta información con el supervisor de la jurisdicción en la que la sucursal haya obtenido su licencia. Por supuesto, ello será posible cuando la sucursal operativa establezca su dirección central en una entidad regulada. De lo contrario, el CBSB recomienda prohibir el establecimiento de sucursales operativas, del mismo modo que los *shell banks*.

Las filiales operativas son aún más susceptibles de ser utilizadas para canalizar fondos de origen ilícito. A diferencia de las sucursales operativas, las filiales operativas son entidades legales independientes que operan desde el país que les otorga la licencia, por lo que no hay razón para que sean gestionadas desde una jurisdicción distinta. Como son generalmente utilizadas para inversiones de banca privada o de relaciones fiduciarias, los incentivos de un supervisor local para controlar una entidad cuyos clientes son extranjeros que invierten en el extranjero son extremadamente bajos, lo que aumenta los riesgos de estas entidades. El CBSB recomendó que se prohíba el establecimiento de este tipo de filiales y la tendencia es asimilarlas a sucursales operativas, es decir, establecer la dirección central en el banco matriz, con acceso ilimitado a todos los libros y archivos de la filial. Si ello no ocurre, deben ser tratadas como *shell banks*[61].

Para el investigador financiero, estas diferencias resultan de suma importancia, en tanto le permiten determinar la existencia de registros, libros y otras evidencias vinculadas a las transacciones bajo examen.

VII. El uso de sociedades vehículo para adquirir anonimato[62]

La opacidad de la regulación bancaria se complementa con bajos o inexistentes niveles de regulación de las personas jurídicas.

61 Ídem, p. 7.

62 Las páginas que siguen fueron redactadas siguiendo los lineamientos del informe "Behind the Corporate Veil. Using corporate entibies for illicit purpo-

Muchos centros *offshore* permiten la utilización de algunas formas societarias, usualmente llamadas vehículos corporativos, o sociedades vehículo que, bajo ciertas condiciones, pueden implicar obstáculos para el conocimiento del beneficiario de los activos de los cuales el vehículo es tenedor o propietario.

Para las agencias encargadas de la persecución penal es importante comprender, por una parte, la estructura jurídica de los vehículos más utilizados en los centros *offshore* y, por otra, los riesgos que presenta cada una. A continuación describiremos las más comunes y explicaremos las técnicas más frecuentes para impedir el conocimiento del beneficiario de los activos de los vehículos.

VII. 1. Sociedades vehículo más utilizadas

VII. 1. A. Sociedades de Negocios Internacionales (International Business Corporations - IBC)

Las *International Business Corporations* (en adelante, IBC) son las sociedades vehículo típicas de los centros *offshore*, pues sólo pueden ser adquiridas por personas no residentes y tienen prohibido realizar actividades dentro de la jurisdicción en la que se registran, sea operando un negocio o a través de contratos con personas residentes. Las IBC pueden ser propietarias y operadoras de negocios, generalmente de compañías *holding*, pueden emitir acciones, bonos u otros instrumentos aceptados para generar financiamiento, e inclusive ser propietarias de otras sociedades vehículo. Obviamente, están exceptuadas del pago de impuestos.

Las IBC son vehículos eficientes para mejorar la situación impositiva de una empresa multinacional y, generalmente, actúan como el *holding* regional de un grupo. Con frecuencia son utilizadas como tenedoras de derechos de propiedad intelectual y de patentes de invención.

Sin embargo, la opacidad regulatoria de algunos centros *offshore* contribuye a que las IBC sean utilizadas para lavar activos provenientes de hechos ilícitos. Hasta mediados de esta década, muchos centros *offshore* no tenían registro de los propietarios de las IBC, admitían directorios nominales –de personas físicas o jurídicas, muchas veces otros vehículos corporativos– o admitían que las IBC emitieran acciones al portador.

---

ses", OCDE, París, 2001. Este informe significó un importante aporte para la actualización de algunas recomendaciones plasmadas en la versión 2003 de las 40 Recomendaciones del GAFI.

VII. 1. B. El contrato de trust *o fideicomiso*

El *trust*, una institución clásica del derecho inglés, traducida usualmente al derecho continental europeo como fideicomiso, es un vehículo muy útil para fines tanto individuales como corporativos. En el plano individual, es una estructura eficiente para la administración de bienes de menores, incapaces o personas carentes de experiencia en el manejo financiero, para la administración de donaciones caritativas o para la administración de herencias. En el plano corporativo, los *trust* son eficientes para estructurar programas de securitización, programas de beneficios de empleados, planes de acciones a futuro del directorio, estructuras de compensación de retiro de los funcionarios, etcétera.

El *trust* es un contrato que separa al dueño del beneficiario. El establecimiento de un *trust* involucra tres partes: el dueño de los activos (*settlor*) elabora un contrato de constitución del *trust* por el cual transfiere la propiedad de esos activos a otra persona física o jurídica (*trustee*) para que los administre en beneficio de una tercera persona (beneficiario), que es identificado en el contrato. Para que el *trust* sea válido, el *settlor* debe abandonar el control de los bienes objeto del *trust* en el *trustee*. Por otra parte, el *trustee* está obligado a seguir las instrucciones que el *settlor* indicó en el contrato de constitución del *trust*.

El *trust* es un contrato privado, por lo que tiene un grado de autonomía y un nivel de privacidad mucho mayor que las personas jurídicas. Los contratos –a diferencia de las empresas– no están sujetos a registros públicos centralizados, ni usualmente al escrutinio de ninguna autoridad. Además, generalmente la única persona "visible" de un *trust* es el *trustee*, es decir, el administrador, pero la identidad tanto del *settlor* como del beneficiario son mantenidas en reserva.

Muchas jurisdicciones *offshore* han ideado variantes que en la versión original del *trust* estaban terminantemente prohibidas. Por ejemplo, permiten que los nombres del *settlor* y del beneficiario no figuren en el contrato, no prohíben que el *settlor* se nombre beneficiario a sí mismo, o permiten que el *settlor* nombre un *trustee* nominal, pero retenga el control real sobre el patrimonio. Muchas veces, los contratos incluyen una "cláusula de escape", que requiere que los activos objeto del *trust* sean transferidos a otro país y que nuevos administradores del patrimonio sean nombrados cuando ocurren ciertos eventos, como por ejemplo un exhorto internacional de autoridades impositivas o encargadas de las persecución penal requiriendo cualquier información vinculada con movimientos de bienes sujetos al *trust*.

VII. 1. C. Las fundaciones privadas

La fundación privada es un vehículo al cual se le transfiere una propiedad determinada para que cumpla un propósito determinado. La finalidad principal de esta persona jurídica es que una vez que el propietario ha decidido otorgarle un fin determinado al capital, tal voluntad sea ejecutada. El objetivo es similar al del contrato de *trust* o de fideicomiso, pero se estructura a través de una persona jurídica.

A diferencia de una sociedad anónima, o de una sociedad de responsabilidad limitada, la fundación privada es una entidad legal independiente que no tiene dueños ni accionistas, sino beneficiarios. Los bienes son administrados por un directorio. En muchos países, las fundaciones están limitadas a fines públicos o filantrópicos. Sin embargo, en algunos países, típicamente en Liechtenstein y Panamá, se permite el establecimiento de fundaciones con fines privados comerciales.

Hasta hace algunos años, las fundaciones privadas en estos países podían ser fácilmente utilizadas para lavar dinero de origen ilícito, pues no estaban sujetas a supervisión, no se les requería la presentación de balances públicos ni rendiciones de cuenta, de modo que ofrecían un altísimo grado de anonimato. En Panamá, por ejemplo, hasta 2001 no se requería ninguna intervención para que el fundador cambiara el destino del patrimonio comprometido.

VII. 2. Medios de adquirir anonimato a través de sociedades vehículo

Las personas jurídicas brindan algún grado de anonimato "natural" a las personas físicas. Sin embargo, en la mayoría de los países, cuando las autoridades necesitan acceder a los nombres de las personas físicas que son propietarias, dirigen, administran, auditan o supervisan a las personas jurídicas, pueden recurrir a registros en los que los nombres, domicilios y otros datos filiatorios son detallados. Cada vez es más frecuente que las autoridades encargadas de la persecución penal puedan incluso acceder a estos registros electrónicamente desde sus propias oficinas.

En muchos centros *offshore*, sin embargo, existe una variedad de mecanismos, generalmente utilizados de manera combinada, para maximizar las posibilidades de anonimato frente a las autoridades. Los riesgos que implica la utilización de estos mecanismos llevaron a las autoridades de muchos países a desarrollar medidas con la intención de neutralizar su habilidad para ocultar la identidad.

A continuación detallaremos los principales instrumentos para adquirir anonimato.

VII. 2. A. Acciones al portador

Las acciones al portador son instrumentos negociables que otorgan la titularidad de una sociedad anónima, o de una sociedad de responsabilidad limitada, o de una IBC, al portador del documento.

A diferencia de las acciones nominativas, que se transfieren mediante un instrumento escrito, con intervención de una autoridad pública o de un notario público con obligación de registrar la transacción, las acciones al portador se transfieren mediante la entrega del certificado de la acción.

Las acciones al portador están permitidas en muchas (pero no en todas) jurisdicciones, tanto *onshore* como *offshore*. En muchos países de Europa continental, las sociedades anónimas con oferta pública de acciones están autorizadas a emitir acciones al portador para ahorrar los costos asociados a la transferencia de acciones, mientras que las que no cotizan en bolsa no pueden hacerlo.

Algunas jurisdicciones de la OCDE que permiten la emisión de acciones al portador han desarrollado medidas para contrarrestar el riesgo que conllevan. En Francia, Holanda y España, entre otros, el titular de acciones al portador debe registrarse en la sociedad o ante sus autoridades para ejercer su derecho a voto y recibir dividendos. En varios países ya no existen los certificados físicos de las acciones, y tanto las acciones como la identidad de sus titulares se registran en los libros de la sociedad o en los de un intermediario financiero autorizado, dependiendo del caso.

Algunas jurisdicciones *offshore* prohíben la emisión de acciones al portador[63], mientras que otras han introducido restricciones para disminuir los riesgos asociados a estos instrumentos.

VII. 2. B. Accionistas nominales

El uso más común de los accionistas nominales es el del registro de acciones a nombre de agentes de bolsa. Se trata de un uso legítimo que facilita las transacciones en el mercado de valores, donde los precios varían en cuestión de segundos, por lo cual el registro a nombre de los agentes autorizados a operar en el mercado es un recurso que agiliza y motoriza las operaciones.

63 Entre ellas, Barbados, Bermuda, Costa Rica, Chipre, Guernesey y Jersey.

Sin embargo, fuera del contexto bursátil, el uso de accionistas nominales puede derivar en el abuso porque reduce la utilidad de registrar la nómina de accionistas, ya que el accionista nominal nunca es el último titular beneficiario.

VII. 2. C. Directores nominales y directores "corporativos"

Los directores nominales y las sociedades o vehículos corporativos que funcionan como directores (directores corporativos) también pueden ser empleados en forma indebida para ocultar la identidad del titular beneficiario, y su uso hace que los informes de los directores para los registros de las sociedades anónimas sean prácticamente inútiles. Los directores nominales aparecen como directores en todos los documentos de la sociedad y en los registros oficiales (en caso que existieren), pero trasladan todas las tareas que debe realizar un director al titular beneficiario de la sociedad. En varias jurisdicciones no se requiere que el accionista nominal o director corporativo tenga acciones en la sociedad en la que se está desempeñando como director.

La mayoría de los países, incluyendo a algunos centros *offshore*[64], no permiten los directores nominales. Por consiguiente, un individuo que acepta el cargo de director está sujeto a todas las obligaciones y requisitos legales, incluidos los deberes fiduciarios, a pesar de que actúe como un accionista nominal. Para evitar el uso de testaferros, en algunos países los directores no pueden siquiera ser indemnizados por los titulares beneficiarios. El hecho de no reconocer a los directores nominales tiene un beneficio indirecto: quienes actúan o se desempeñan como directores profesionales probablemente tomen más precauciones para asegurar que su cliente, el titular beneficiario, no utilice el vehículo corporativo en forma indebida para fines ilícitos. Algunos centros *offshore* requieren a las sociedades fiduciarias que actúan como directores de vehículos que realicen un *due dilligence* minucioso sobre sus clientes y, en el caso de sociedades anónimas con acciones al portador, inmovilicen las acciones como condición para aceptar el cargo de director. Para disminuir la disponibilidad y el uso de los directores nominales, algunos países han puesto límites en el número de cargos de director que una persona puede ocupar. En Irlanda, por ejemplo, una persona puede ocupar ese puesto como máximo 25 veces. En el Reino Unido,

64 Chipre, Isla de Man, Jersey, Malta y las Antillas Holandesas.

la Ley de Sociedades Anónimas establece que se debe revelar la identidad de los directores "encubiertos", que se definen como personas bajo cuyas instrucciones acostumbran actuar los directores de una sociedad.

Algunos centros *offshore* admiten "directores corporativos", es decir, admiten que el cargo de director sea asumido por una persona jurídica. Algunos centros *offshore*, como Jersey, Panamá o Suiza, no permiten que las sociedades anónimas actúen como directores. Pero en muchos de ellos, e inclusive en países como Holanda o el Reino Unido, el director corporativo es una figura legalmente reconocida[65].

VII. 2. D. Cadenas de vehículos corporativos

La combinación de accionistas corporativos permite organizar cadenas de sociedades vehículo, un mecanismo utilizado con frecuencia para lavar activos de origen ilícito. Para maximizar el grado de anonimato, cada eslabón de la cadena es registrado en una jurisdicción diferente –particularmente en aquellas donde no se guarda información sobre titulares beneficiarios o la información es de difícil acceso–[66]. Por ejemplo, una sociedad anónima internacional en una jurisdicción X puede pertenecer a otra sociedad anónima internacional en la jurisdicción Y, la que a su vez pertenece a una tercera sociedad anónima internacional en una jurisdicción Z. La tercera sociedad anónima internacional puede entonces pertenecer a un fideicomiso establecido incluso en otra jurisdicción. Los posibles cambios son ilimitados.

VII. 2. E. Intermediarios

Los intermediarios, como los agentes de inscripción de compañías, sociedades fiduciarias, administradores y otros profesionales, juegan un papel importante en la creación y manejo de sociedades vehículo en la mayoría de los centros *offshore*.

[65] En estos sistemas, además de la responsabilidad de las personas jurídicas, existen reglas de atribución de responsabilidad a personas físicas por los hechos ilícitos, civiles y penales, atribuibles al director corporativo, y no a la sociedad. Las reglas sobre identificación de últimos beneficiarios pueden jugar un rol importante en este sentido.

[66] La utilización de grupos de vehículos también puede contribuir al ocultamiento si no existen normas que regulen la revelación de actividades agrupadas o si éstas son inadecuadas.

Los proveedores de servicios societarios diseñan estructuras para asegurar que los titulares beneficiarios permanezcan en el anonimato y usualmente actúan como intermediarios entre el cliente y las autoridades en la jurisdicción donde se constituyó la sociedad. Además, ellos mismos ofrecen sus servicios para figurar como accionistas nominales y directores nominales, de modo que no aparezcan los nombres de los titulares beneficiarios en ningún registro de la compañía y en ningún registro oficial.

Las leyes de muchos países eximen a las instituciones financieras de realizar las diligencias preventivas en materia de lavado de activos cuando los clientes son "referidos" por un intermediario (como un abogado, escribano o proveedor de servicios corporativos autorizado) que haya declarado que ha comprobado la identidad del cliente.

En estas jurisdicciones los intermediarios son utilizados a menudo para abrir cuentas bancarias y permitir al titular beneficiario permanecer en el anonimato. Incluso en los casos en que dichas exenciones no están dispuestas por ley, algunas instituciones financieras pueden no realizar las diligencias correspondientes en forma independiente si un intermediario se presenta en nombre del cliente, permitiéndole de esta manera permanecer en el anonimato.

Los *trustees* también juegan un papel importante en la tarea de ocultar la identidad del titular beneficiario. En ciertas jurisdicciones, donde un fideicomiso (*trust*) tiene acciones de una compañía, el fiduciario aparece como el titular en los registros y puede no revelar que tiene esas acciones en calidad de fiduciario. Usualmente, esto conduce a las autoridades a la idea errónea de que el fiduciario es el verdadero titular de las acciones, perdiendo muchísimo tiempo en las investigaciones y permitiendo que el verdadero titular de los bienes permanezca oculto, tras su *trustee*.

Los abogados, escribanos y otros profesionales que cuentan con secreto profesional también constituyen intermediarios particularmente atractivos para la conformación de vehículos corporativos o para figurar como directores o accionistas nominales, ya que la identidad de sus clientes en ocasiones puede ser protegida o no revelada. En determinados países, la ley otorga a los profesionales como los abogados y los escribanos el derecho de negarse a proporcionar pruebas a las autoridades, incluso en los casos en que no estén actuando en su capacidad profesional sino como agentes financieros. Algunos países que brindan servicios *offshore* extienden este privilegio a las empresas de administración.

VIII. Caso de estudio: las Islas Caimán

Para concluir este capítulo, presentaremos como caso de estudio la evolución legislativa y jurisprudencial de las Islas Caimán, como muestra del proceso de transformación que está ocurriendo en muchos centros *offshore* de características similares.

Las Islas Caimán, un territorio británico autónomo[67] habitado por algo más de 50.000 personas[68], pasó de tener sólo dos bancos locales en 1964 a contar con casi 600 bancos –más de la mitad filiales de bancos internacionales– en 1983[69]. Hace diez años, este territorio era considerado "el quinto centro financiero del mundo, luego de Londres, Nueva York, Tokio y Hong Kong"[70].

Hasta 1976, las Islas Caimán no contaban con ninguna norma penal que protegiera el secreto bancario[71]. La protección contra la divulgación estaba establecida civilmente siguiendo la jurisprudencia inglesa sentada en *Tounier v. National Provincial and Union Bank of England*[72], la decisión que a comienzos del siglo pasado definió la relación banco-cliente para la mayor parte del Commonwealth[73]. El

67 Caimán fue originalmente una colonia de Jamaica, que a su vez era una colonia británica. Luego de que Jamaica se independizara de Gran Bretaña en 1962, las Islas Caimán decidieron mantener su dependencia británica. De acuerdo con la Constitución de las Islas Caimán del 22 de agosto de 1972, las Islas Caimán son una democracia parlamentaria que cuenta con un Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El Gobernador es elegido por el Parlamento británico (Westminster) y las decisiones judiciales pueden en algunos casos llegar al Comité Judicial del *Privy Council* en Londres.

68 Ver *www.gocayman.ky/content/view/22/65* (20/4/2008).

69 Cf. Naylor, *Hot Money and the politics of debt*, cit., p. 302.

70 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), "Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering", mayo de 1998, p. 48, disponible en *www.imolin.org/imolin/finhaeng.html* (20/4/2008).

71 Si bien la Sección 10 de la Ley de Bancos y Fideicomisos (Ley 8 de 1966) penalizaba la divulgación de información relacionada con los asuntos de cualquier cliente de un banco, la visión predominante en los tribunales era que esta disposición se dirigía al Inspector de Bancos y a su personal y que, por lo tanto, no cubría a los individuos particulares. Ver Paget-Brown, Ian, *Commercial Law of the Cayman Islands*, Cayman Island Publishers, British West Indies, 1985, p. 140.

72 1924 I K.B. 461, 1923 All E.R. 550.

73 El *Commonwealth* asocia los siguientes 53 Estados independientes que, conjuntamente, representan ardedor del 30% de la población mundial: Antigua

tribunal estableció que los bancos y los empleados de los bancos son civilmente responsables por divulgar información de los clientes sin su consentimiento expreso, excepto por algunos pedidos oficiales de las autoridades.

La "Ley de Relaciones Confidenciales", que penalizó a "cualquiera que, (a) estando en posesión de información confidencial sin importar cómo fue obtenida, la divulgue o intente, ofrezca o amenace con divulgarla a cualquier persona que no tenga derecho a conocerla; (b) deliberadamente obtenga o intente obtener información confidencial que no tenga derecho a obtener"[74], fue dictada en 1976 como resultado de decisiones adoptadas por tribunales de los Estados Unidos.

El primero ocurrió en 1976, cuando a Anthony Field, un banquero canadiense residente en las Islas Caimán, se le entregó una citación testimonial en el *lobby* del Aeropuerto Internacional de Miami y se lo condujo directamente ante el Gran Jurado que estaba investigando evasiones impositivas de clientes del banco para el cual trabajaba Field. Sin perjuicio de que Field presentó una declaración firmada por expertos en derecho de Caimán explicando que cualquiera fuese el testimonio Field sería sometido a una sanción penal en las Islas Caimán, el tribunal acusó a Field de desacato civil[75].

---

y Barbuda, Australia, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belice, Botswana, Brunei Darussalam, Camerún, Canadá, Chipre, Dominica, Fiji, Gambia, Ghana, Granada, Guyana, India, Jamaica, Kenia, Kiribati, Lesotho, Malawi, Malasia, Maldivas, Malta, Mauritania, Mozambique, Namibia, Nauru, Nueva Zelandia, Nigeria, Pakistán, Papua Nueva Guinea, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Islas Salomón, Sudáfrica, Sri Lanka, Swazilandia, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uganda, Reino Unido, Tanzania, Vanuatu, Zambia.

74 Confidential Relationships Act (Ley 16, 1976), Section 4, Sup. 4 Cayman Islands Gazette Nº 20, 1976.

75 Ver *In Re Grand Jury Proceedings* (Field), 532 F 2º 404 (5º Cir), cert. denied, 429 US 940 (1976). El tribunal sostuvo: "El primer y más importante factor a considerar es el interés relativo de los Estados involucrados. En este caso, Estados Unidos busca obtener información relativa a la violación de sus leyes impositivas. Por otra parte, las Islas Caimán buscan proteger el derecho a la privacidad incorporado a sus leyes de secreto bancario. Lamentablemente, la posición del gobierno de Caimán parece ser que cualquier testimonio relativo al banco viola sus leyes. Por lo tanto, el interés de Estados Unidos o el de Caimán debe ceder (…) Las consecuencias debilitantes del uso de estas instituciones de secreto en los estadounidenses y en la economía estadounidense son vastas. Se ha estimado que se han perdido cientos de millones en ingresos impositivos.

Luego de la decisión, las Islas Caimán decidieron copiar la legislación Suiza y proteger la información bancaria mediante la ley penal. Cuando se dictó la ley, el entonces Secretario Financiero de las Islas declaró: "Debería quedar claro que lo que en otros países es un delito fiscal no es un delito en las Islas Caimán. Bajo la (…) ley recientemente dictada, ninguna información relativa a un cliente o a la cuenta de un cliente en una institución dentro de la comunidad financiera local puede ser divulgada a nadie"[76]. No eran tiempos de "convergencia" y "globalización".

Dado que la "solución" a lo que se percibía como un ataque a la soberanía no protegía de ningún modo a quienes se encontraban en la situación de Field, en 1979 se introdujo en la Ley de Relaciones Confidenciales una disposición requiriendo que "cualquier persona que pretenda o sea requerida para dar evidencia de información confidencial deberá, antes de dar evidencias, solicitar directivas de un juez de la Gran Corte"[77].

Las Islas Caimán estaban defendiendo su derecho soberano a no penalizar la evasión impositiva sobre la base de que ello representaba un "interés protectivo" del territorio. En otras palabras, la economía de las Islas se sostenía en su sector financiero, que crecía gracias a su carácter de paraíso fiscal. Las leyes de secreto en general se basaban en los mismos fundamentos en los que aún se basan internacionalmente los denominados *blocking statutes*[78]. Por esa razón, las Islas Caimán, al igual que cualquier otro paraíso fiscal, esperaban que las demás naciones limitaran los modos de obtener eviden-

---

H.R.Rep.No.91-975, 91 Cong. 2d Sess. 12 (1970), U.S.Code Cong. & Admin.News 1970, p. 4397. Si este tribunal tolerara la negativa del señor Field a declarar, limitaría significativamente la posibilidad de que el gran jurado obtenga información que posiblemente podría descubrir actividades criminales muy graves. A la luz de la tradicional discreción otorgada al gran jurado y del significativo interés que tiene esta nación en hacer cumplir las leyes impositivas, sin ninguna directiva específica del Congreso, no encontramos ninguna razón para no hacer efectiva la citación a declarar".

76 Paget-Brown, *Commercial Law of the Cayman Islands*, cit., p. 142.

77 Confidential Relationships Act (Amendment), Law Nº 26, 1979, 21 Cayman Islands Gazette1979.

78 Los *blocking statutes* son una herramienta jurídica de *ultima ratio* para rechazar la cooperación sobre la base de que la información requerida perjudicaría amplios conceptos, como la jurisdicción o la soberanía del país.

cia a los mecanismos establecidos en los tratados y la costumbre de derecho internacional, es decir, respetando el principio de la doble incriminación y, sobre todo, el principio de que el ejercicio de jurisdicción se limita a las fronteras de cada país[79].

Sin embargo, los tribunales estadounidenses continuaron considerando al secreto bancario de otros países como una amenaza general a la economía estadounidense y como un obstáculo especial a los poderes de investigación del Gran Jurado, que tradicionalmente no podían ser restringidos ni siquiera por órdenes de un tribunal[80]. Este modo de razonamiento jurídico llevó a los tribunales estadounidenses a la conclusión de que el derecho internacional no era el único método para obtener evidencia localizada en un país extranjero[81], en contradicción con lo establecido en el caso "Lotus". En consecuencia, los tribunales estadounidenses han admitido frecuentemente, por ejemplo, emitir citaciones a declarar contra filiales estadounidenses de empresas extranjeras, requiriendo producir documentos localizados en una jurisdicción en la que rige el secreto[82]; cita-

79 Permanent Court of International Justice, "Lotus SS, France v. Turkey", Publ. CPIJ (1927) Series A, Nº 10, 19.

80 Las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos son consistentes con una visión de independencia y de amplios poderes de investigación del Gran Jurado. Ver "Branzburg v. Hayes", 408 US 665 (1972), explicando la importancia histórica y práctica de las citaciones del Gran Jurado; "United States v. Dionisio", 410 US 1 (1973) and United "States v. Mara", 410 US 19 (1973), sobre aspectos relacionados con la Cuarta Enmienda; "United States v. R. Enterprises Inc.", 498 US 292 (1991), sobre la presunción de "racionalidad" de cualquier citación emitida regularmente por un Gran Jurado; "United States v. Washington" 431 US 181 (1977), sobre los límites de la garantía de no auto-incriminación ante citaciones de un Gran Jurado, y "United States v. Calandra", 414 US 338 (1974), que establece que la regla de exclusión no se extiende a los procedimientos ante un Gran Jurado.

81 Cabe señalar que este no era el pensamiento predominante en los tribunales estadounidenses de los años 50 y 60, cuando se seguía el principio Lotus de que "ningún país puede requerir a nadie la comisión de un delito en otro país". Ver "First National City Bank v. IRS", 271 F2º 616 (1959), cert denied 361 US 948 (1960), sosteniendo una citación a declarar contra el gerente de la oficina de un banco panameño en Estados Unidos relativa a documentos en Panamá, sobre la base de que la ley panameña no prohibía su descubrimiento; "Societe Internazionale v. Rogers" 357 US 197 (1958), aceptando que un acusado suizo, que actúa de buena fe, sólo divulgue los documentos que no violen las leyes bancarias suizas.

82 Ver "Bank of Nova Scotia v. United States", 722 F2º 657.

ciones *ad testificandum* a agentes de un banco extranjero, tales como estudios jurídicos que representan al banco en los Estados Unidos[83]; citaciones *duces tecum* contra una empresa estadounidense en relación con documentos en poder de su *holding* suizo[84]; y citaciones exigiendo a los acusados dar el consentimiento requerido por sus bancos extranjeros para divulgar la información al tribunal[85].

Este enfoque unilateral de los tribunales estadounidenses a las órdenes de divulgación extraterritorial fue contraproducente, como lo muestra el caso del dictado de las leyes de secreto en las Islas Caimán. Más aún, la Gran Corte de las Islas Caimán estableció que una orden de un tribunal ordenando a quien tiene una cuenta que firme una directiva de divulgación no constituye un consentimiento libre y voluntario para las divulgaciones tal como es requerido por las leyes de secreto de Caimán[86], frenando así la estrategia del "consentimiento obligado".

Las asperezas diplomáticas entre los Estados Unidos y las Islas Caimán continuaron hasta el año 2000, cuando el GAFI incluyó a las Islas Caimán en su primera lista de 15 países y territorios no cooperadores.

El gobierno de las Islas Caimán afirmó públicamente que la decisión del GAFI contravenía la evaluación que la OCDE había hecho de Caimán como una jurisdicción cooperadora en su iniciati-

83 Ver "United States v. Bowe", 694 F 2º 1256, 11º Cir. (1982).

84 Ver "*In re* Marc Rich & Co. A.G.", 736 F.2º 864 2º Cir. (1984); "*In re* Marc Rich & Co., A.G.", 707 F.2º 663 (2º Cir.), cert. denied, 463 US 1215 (1983). En el juicio contra la empresa suiza Marc Rich AG, el gobierno suizo reaccionó contra la citación emitida por el segundo circuito y secuestró los documentos requeridos, impidiendo así la orden. Una reacción similar adoptaron los tribunales ingleses en el mismo juicio, al ordenarle al Citibank de Londres que se abstuviera de cumplir con la citación emitida en contra del Citibank de Nueva York por el segundo circuito. Ver Bernasconi, P., "Flux Internationaux de capitaux d'origine ilicite: La Suisse face aux nouvelles strategies", en Bernasconi, P., *Nouvi Strumenti Giudiziari cont la Criminalita Economica Internazionale*, La Cita del Sole, 1995, p. 167.

85 En "Unites Stated v. Ghidoni", 732 F2º 814, 11º Cir. (1984), cert. denied 469 US 932 (1984), sosteniendo que obligar a un acusado a firmar un formulario que permitiría a bancos extranjeros divulgar información no violaba la garantía de no autoincriminación de la Quinta Enmienda. En la misma línea, ver también "United States v. Doe", 108 S. Ct. 234 (1988).

86 Ver "*In re* ABC Ltd." 1984 CILR 130, 134-135 (Grand Court of Cayman Islands, 1984).

va de competencia fiscal y también las evaluaciones del Departamento de Estado estadounidense de 1998 y 1999 que consideró que las Islas Caimán eran diligentes en sus esfuerzos contra el lavado de dinero. Más aún, el gobierno de las Islas Caimán afirmó que la decisión se realizó sin la debida consulta y que "no se tuvieron en cuenta los repetidos pedidos de evaluaciones *in situ*"[87].

Sin embargo, el GAFI consideró que la legislación de las Islas Caimán estaba en total contradicción con trece de los veinticinco criterios[88] que definían a una jurisdicción como cooperadora, que cumplía parcialmente con cuatro de ellos[89] y que sólo cumplía con los ocho criterios restantes[90].

El gobierno de Caimán modificó su legislación en relación con el control del lavado de dinero entre los años 2000 y 2001[91]. Además,

[87] Cayman Island Monetary Authority, Comunicado de Prensa del 22 de junio de 2000: "Designation announced by FATF: Astonishing and Contradictory", disponible en *www.cimoney.com.ky/section/mediacentre/index.aspx?id=424* (20/4/2008).

[88] Inadecuada supervisión de las instituciones financieras, falta de identificación de cuentas, falta de registros, imposibilidad de que las autoridades administrativas nacionales levanten el secreto bancario, falta de un sistema obligatorio de reporte de operaciones sospechosas, falta de sanciones por no reportar operaciones sospechosas, obstáculos para identificar al beneficiario final de instituciones financieras, instituciones financieras que pueden realizar negocios financieros de beneficiarios desconocidos, prohibición de intercambio internacional de información entre autoridades de lucha contra el lavado de dinero, prohibición de investigar en nombre de una autoridad extranjera, práctica limitada de cooperación internacional contra el lavado de dinero y falta de recursos para conducir investigaciones.

[89] Reglas inadecuadas para habilitar instituciones financieras, ausencia de medidas para proteger a las instituciones financieras del control criminal, falta de acceso de las autoridades a información de las cuentas e inadecuados requisitos de la legislación comercial para registrar empresas.

[90] Cuentas anónimas no permitidas, disposiciones de secreto podían ser levantadas por investigaciones penales, penalización de lavado de dinero del producto de delitos graves, se permitía la asistencia legal mutua entre autoridades judiciales, voluntad de responder a solicitudes extranjeras, aceptable cooperación en asuntos fiscales, personal "honesto" (en lugar de corrupto) en el área de cumplimiento contra el lavado de dinero y Caimán tenía una Unidad de Inteligencia Financiera.

[91] La siguiente legislación, disponible en *www.cimoney.com.ky/section/regulatoryframework/default.aspx?id=132* (20/4/2008), fue modificada: Building societies Law (Amendment; Regulation by Monetary Authority), 2000; Cooperative Societies Law (Amendment, Credit Unions), 2000; Proceeds of Criminal Conduct

accedió a revisar la situación de todas las cuentas existentes y a someterlas a nuevos estándares. Es un proceso que aún continúa y que ya ha resultado en la revocación de licencias y en desautorizar a bancos "virtuales" cuyos sitios de Internet los publicitaban como Bancos de las Islas Caimán[92].

El GAFI removió a las Islas Caimán de la "lista negra" en el año 2001[93] y dejó de monitorear al país en el año 2002[94].

Por otra parte, la jurisprudencia más reciente de la Gran Corte de las Islas Caimán demuestra cómo este territorio ha comenzado a cooperar internacionalmente en casos contra el lavado de dinero, e incluso en algunos casos resonantes de corrupción, sin oponer el secreto bancario ni la confidencialidad.

Si bien las Islas Caimán aún no han adoptado legislación interna para aplicar la UNCAC y la Convención de la OCDE, la criminalización en las Islas de delitos de corrupción permite prestar cooperación internacional basada en la reciprocidad y la doble incriminación.

Las Islas tienen un sistema de cartas rogatorias o exhortos que se canaliza a través de la vía diplomática y que puede ser utilizado para obtener evidencia documental o para tomar una declaración testimonial. En el caso "Montesinos-Torres", excepcionalmente se utilizó este mecanismo para congelar y repatriar a Perú el producto de delitos de corrupción cometidos en dicho país. Ello fue posible por la aplicación de la *Procceds of Crime Act* (Ley del Producto del Delito), que criminaliza el lavado de activos originados en delitos graves, incluyendo los de corrupción pública, y que permite conge-

---

Law (Amendment; Financial Intelligence Unit), 2001; Proceeds of Criminal Conduct Regulation (Money Laundering, Client Identification), 2001; Banks and Trust Companies Law (Amendment, Prudent Management), April 2001; Insurance Law (Amendment, Prudent Management), April 2001; Mutual Funds Law (Amendment, Prudent Management) April 2001; Companies Management Law, April 2001.

92 Ver Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), Comunicado de Prensa en *www.fdic.gov/news/news/specialalert/2003/SA3703.html* (20/4/2008).

93 Ver GAFI, "Review to identify Non Cooperative Countries and Territorios", 22 de junio de 2001, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/56/41/33922055.pdf* (20/4/2008).

94 Ver GAFI, "Review to identify Non Cooperative Countries and Territorios", 21 de junio de 2002, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/4/32/33922320.pdf* (20/4/2008).

lar activos, compartir información sobre ellos con otras autoridades y, eventualmente, decomisarlos[95].

Por otra parte, la Ley de Relaciones Confidenciales fue modificada, permitiendo que la policía local obtuviera información confidencial a requerimiento de la policía de otro país, cuando ésta es solicitada para la investigación de delitos graves. La ley también permite que una persona requerida para brindar información confidencial pueda obtener una autorización de la Corte para divulgar la información. En tales casos, la Corte sólo debe requerir que la evidencia se entregue a un juez o tribunal y que sea en "interés de la justicia", lo cual incluye, según la jurisprudencia, dar efecto a las leyes penales de cualquier país del mundo[96].

Dentro del paquete de legislación aprobada para salir de la lista negra del GAFI, las Islas Caimán sancionaron la Ley de Justicia Penal de 2003, que permite prestar cooperación en la investigación, persecución y decomiso del producto de todos los delitos graves –incluyendo los de corrupción–.

En la práctica, las Islas Caimán han prestado cooperación internacional en una variedad de casos[97]. Citaremos algunos ejemplos recientes:

En el caso "Codelco"[98], un banco al que se le notificó que podía tener cuentas conteniendo el producto de delitos de corrupción vinculados a una empresa estatal de Chile, decidió voluntariamente congelar las cuentas para evitar responder civilmente en las Islas.

En el caso de la "KIA" (la agencia de inversiones de Kuwait), se obtuvieron órdenes para embargar los activos de fideicomisos abiertos en las Islas por el director de la KIA, quien había defraudado a esta agencia al diversificar las inversiones de Kuwait.

En el caso "Canadian Arab Financial Corporation y otros contra Player"[99], empresas canadienses (fideicomisos) que habían sido

[95] Smellie, Anthony, "Forfeiting the proceeds of corruption", A seminar on Asset Forfeiture and Money Laundering for Member States of the Organization of American States, del 2 al 5 de mayo de 2006, p. 5.

[96] Ver "*In Re* Ansbacher" 2001 CILR 214, citado en Smellie, "Forfeiting the proceeds of corruption", cit., p. 4.

[97] Todos los casos citados a continuación son explicados en detalle en Smellie, "Forfeiting the proceeds of corruption", cit., ps. 9 y siguientes.

[98] "Codelco v Interglobal" Inc. *et al* 2002 CILR 298.

[99] 1984 CILR 63.

defraudadas en inversiones especulativas abrieron procedimientos en Ontario para recuperar su inversión. El tribunal designó a un administrador para una de las empresas acusadas que había realizado depósitos bancarios en las Islas Caimán. Las empresas defraudadas solicitaron a un tribunal de Caimán que reconociera la designación del administrador, lo cual fue concedido, permitiendo que el administrador recuperara el dinero de los bancos de Caimán.

El caso "Montesinos-Torres" fue un procedimiento realizado *in rem* por el cual se repatriaron 44 millones de dólares a Perú. Este país solicitó medidas de congelamiento de las cuentas bancarias, que un tribunal de las Islas concedió, y así obtuvo el tiempo necesario para obtener una declaración de que los activos de las cuentas le pertenecían y así decomisarlos y repatriarlos.

En algunos procedimientos se han obtenido decisiones que dan efecto a órdenes *in rem* emitidas por tribunales de Estados Unidos contra el producto del narcotráfico. Ello sucedió en el caso "Cruz Londono"[100], un miembro del cartel colombiano, en el cual el tribunal de las Islas dio efecto a una orden *in rem* de un tribunal estadounidense para incautar los activos. El mismo criterio se aplicó en el caso "Leon"[101], dándole efecto a una orden de un tribunal estadounidense para incautar activos provenientes del narcotráfico.

[100] 1995 139 Sol. Jo. (L.B.) 166.

[101] Leon and Four others 2000 CILR 336.

Capítulo 3

El decomiso del producto del delito

Guillermo Jorge

I. Introducción

La noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas. En la antigüedad, el decomiso de bienes en favor del Estado cumplió un rol importante en este sentido. Paralelamente a los decomisos ligados a ideas religiosas expiatorias[1], los delitos cometidos con fines de lucro usualmente eran castigados con decomisos proporcionales al enriquecimiento producido.

Excepcionalmente, para algunos delitos como la "alta traición", el decomiso era una de las consecuencias de la pena de "degradación cívica"[2], que implicaba la pérdida de todos los derechos civiles, incluyendo el de propiedad. Los normandos introdujeron, tanto en el derecho sajón como en el derecho continental, el decomiso de bienes basado en la idea de la "corrupción de la sangre", por el que se privaba de la totalidad del patrimonio a todo condenado por delitos graves[3]. Los abusos de esta figura para

[1] Las reglas del *deodand* del derecho inglés, fuente de los actuales decomisos *in rem*, regulaban qué bienes debían ser ofrendados a Dios para expiar la ofensa con independencia del hecho de que los titulares de tales bienes hubieran sido condenados. Cf. Williams, B. F. y Whitney, F. D., *Federal Money Laundering. Crimes and Forfeitures*, Lexis Law Publishing, 1999, ps. 366 y siguientes.

[2] La pena de *attainder* en el derecho inglés, incluía la pérdida de todos los bienes. Blackstone lo justificaba así: "aquel que ha violado los principios fundamentales del gobierno, y quebrado su parte del contrato original entre el Rey y el pueblo, ha abandonado su conexión con la sociedad, y no posee más derecho a obtener ventajas de esa conexión, a las que tenía derecho únicamente como miembro de la comunidad: entre esas ventajas sociales, el derecho de transferir y transmitir propiedad a otros es una de los principales". Cf. Blackstone, *Commentaries to the Laws of England,* 4º, cap. XX, disponible en *www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/bk4ch29.htm* (20/4/2008).

[3] La corrupción de la sangre implicaba tanto la prohibición de transmitir propiedad como de heredarla. Blackstone calificaba estos decomisos: "Esta es una de esas nociones que nuestras leyes han adoptado de las constituciones feu-

aumentar las rentas fiscales de las monarquías no tardarían en proliferar, como tampoco las disputas con la nobleza sobre el destino de los bienes decomisados[4].

Con la llegada de la modernidad aumentó la desconfianza hacia el decomiso como sanción penal. Los abusos de la confiscación ejecutiva y desproporcionada crearon en la ascendente burguesía el temor de que continuara siendo usado para producir masivas transferencias de propiedad. Por ello, una de las formas en las que se manifestó la protección de la propiedad privada que defendió el liberalismo del s. XVIII, incluyó fuertes limitaciones al uso del derecho penal para estos fines. Las transferencias de propiedad de los particulares hacia el Estado quedaron restringidas a la expropiación basada en una ley que declarara su utilidad pública y con la posibilidad de que un tribunal revisara la adecuación de la compensación establecida[5]. Varias constituciones liberales siguieron este camino[6].

---

dales, durante la conquista normanda; y que es totalmente desconocida en las posesiones o en las divisiones de herencia indiscutiblemente Sajonas (…) De acuerdo al antiguo derecho inglés, sólo en casos de traición la tierra era decomisada en favor del Rey, pero no había corrupción de la sangre, ni impedimentos para los descendientes; y en los juicios por delitos menores, no había decomisos a favor de los Barones. Por lo tanto, como toda otra marca opresiva que es acutalmente desterrada de estos reinos, es esperable que la corrupción de la sangre, y todas las consecuencias que conlleva, no sólo en relación con los decomisos sino también en relación con la capacidad de heredar las futuras generaciones, sea oportunamente abolida por un acto del Parlamento", cf. ibídem.

4 Cf. Foucault, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el College de France (1977-1978)*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.

5 Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 17.

6 Cf. Constitución de los Estados Unidos, art. III, Sección 3, cl. 2, "El Congreso estará facultado para fijar la pena que corresponda a la traición; pero ninguna sentencia por causa de traición podrá privar del derecho de heredar o de transmitir bienes por herencia, ni producirá la confiscación de sus bienes más que en vida de la persona condenada". El art. 17 de la Constitución Argentina, que consagra la propiedad privada, dice textualmente que "la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino". El art. 33 de la Constitución de Ecuador prohíbe toda confiscación. El art. 106 de la Constitución de la República de El Salvador: "prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles". El art. 41 de la Constitución de Guatemala prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias.

De este modo, el decomiso como sanción penal quedó limitado a los instrumentos del delito y a los objetos del delito.

El decomiso de los instrumentos del delito –*instrumentum sceleris*– asocia *físicamente* los elementos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que los elementos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir. El decomiso de los instrumentos del delito es generalmente considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado[7] y que sólo puede adoptarse *in personam*, es decir, contra el condenado.

El decomiso de los elementos del delito, *objetum sceleris,* se refiere en cambio a los bienes que resultan de la propia conducta delictiva –el documento público falsificado, las sustancias prohibidas, el pasaporte falsificado, etc.–. Tales objetos son normalmente destruidos *con independencia de la culpabilidad o inocencia de su titular*, o los derechos de terceros, lo que muestra que el fundamento de estos decomisos es de naturaleza preventiva. Este tipo de decomiso opera *in rem*, es decir, sin importar quién es el propietario o tenedor de los bienes.

El art. 105 de la Constitución de Honduras "prohíbe la confiscación de bienes. La propiedad no puede ser limitada en forma alguna por causa de delito político. El derecho de reivindicar los bienes confiscados es imprescriptible". El art. 44 de la Constitución de Nicaragua "prohibe la confiscación de bienes". El art. 20 de la Constitución de Paraguay prohíbe la pena de confiscación. El art. 8 de la Constitución de la República Dominicana establece que "no podrá imponerse la pena de confiscación general de bienes por razones de orden político". El art. 30 de la Constitución de Panamá y el art. 22 de la Constitución de México prohíben la confiscación de bienes. Sin embargo, en la Constitución de este último país no se considera confiscación: "La aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito (…); ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes".

[7] Algunos autores describen el decomiso de los instrumentos como una medida preventiva. Cf. Stessens, Guy, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, 2000, p. 45.

En los últimos veinte años, la acumulación de capital generada por algunos mercados ilícitos[8] alcanzó tales proporciones[9] que, como se explicó en el capítulo 1, dio lugar al nacimiento de una nueva forma de decomiso, el decomiso del producto del delito, que se ha convertido en la pieza central de la estrategia globalmente aceptada para reducir los mercados ilícitos y "proteger" la economía lícita.

El desarrollo ha sido progresivo y veloz. La Ley *RICO*[10] introdujo el concepto en los Estados Unidos en los años 70, y lo extendió al criminalizar el lavado de activos en 1986. A fines de los 80, en plena internacionalización de la "guerra contra las drogas", la Convención de Viena introdujo el decomiso del producto del delito como herramienta para reducir el narcotráfico[11]. Por esa vía se introdujo en la mayoría de las legislaciones y, en los últimos años, su alcance se fue ampliando a prácticamente todos los delitos que producen ganancias. Desde 2000, la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional requiere que los Estados parte adopten, "*en la medida en que* lo permita su ordenamiento jurídico

[8] El concepto de "mercados ilícitos" denota la producción de bienes y servicios que están fuera del comercio legítimo. Estas conductas producen intercambios consensuados entre múltiples actores y generan riqueza. Los estupefacientes, los servicios de migración ilegal, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas son los ejemplos clásicos. A diferencia de los delitos contra la propiedad, que también se cometen con fines de lucro, estos delitos son consensuados y no producen víctimas individuales. Cf. Naylor, R., *Wages of crime: Black Markets, Illegal Finance, and the Underworld Economy,* Cornell University Press, Nueva York, 2002.

[9] Aunque las estimaciones son ampliamente discutidas, en 1991 las Naciones Unidas estimaron que el mercado de estupefacientes generaba alrededor de u$s 500.000 millones anuales. Recientemente, que la corrupción pública genera más de u$s 1 billón, ver *www.unodc.org/newsletter/200601/page 004.html*. La Organización Internacional para las Migraciones, estimó en 3.500 milones de dólares anuales las ganancias del tráfico de migrantes (ver "Organized crime moves into migrant trafficking", en *Trafficking in Migrants: Quarterly Bulletin*, junio de 1996). En cuanto al tráfico de armas, el Oxford Committee for Famine Relief, en "Up in Arms: Controlling the International Trade in Small Arms", julio de 2001, p. 2, estimó en 500 millones la cantidad de armas livianas en circulación.

[10] "Racketeer Influenced and Corrupt Organizations", introducida en 1970 al 18 USC 96. Las sanciones penales de decomiso del producto del delito están descriptas en la Sección párr. 1963.

[11] Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso". Similares expresiones fueron incluidas en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y en la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002. En 2003, la UNCAC extendió la obligación internacional requiriendo a los Estados Partes que adopten "*en el mayor grado en que* lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso"[12].

En menos de veinte años, más de 130 países han introducido en sus legislaciones *el decomiso del "producto" del delito,* es decir, el decomiso de "los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito"[13], como una pieza central de sus políticas para reducir no solamente la criminalidad organizada sino toda la gama de delitos que se comete con fines de lucro.

Sin perjuicio de esta sorprendente expansión formal, no es de extrañar que la reintroducción del decomiso en el derecho penal haya originado múltiples debates. Algunos autores han sostenido que más que una herramienta eficaz para "reducir" o desarticular organizaciones delictivas promueve su reproducción. Se argumenta que, si fuera efectivo, el decomiso devolvería a los autores a la situación de pobreza que, muchas veces, es la que los impulsó originalmente a incursionar en el mercado ilícito[14]. El argumento, que cuenta con atendibles bases empíricas para ser sostenido en relación con algunos mercados ilícitos como los estupefacientes[15], rara vez

[12] Como antecedente puede citarse la Conferencia Ministerial Concerniente al Lavado de de Dinero e Instrumentos del Delito (Buenos Aires, 2/12/1995) en la Cumbre de las Américas se consideró: "2. Las medidas para facilitar la prevención, la investigación y el enjuiciamiento del lavado de dinero deberían ser ejecutadas por todos los Gobiernos. A los que cometen tales delitos debe privárseles del uso del producto y las ganancias de sus actividades ilícitas, así como los bienes utilizados para ejecutarlas. Por consiguiente, deberían dictarse y revisarse las leyes, los reglamentos y otras normas para enfrentar este delito y facilitar de una manera eficaz la identificación, la incautación y el decomiso del producto y los instrumentos, como respuesta a la investigaciones nacionales e internacionales". También debe tenerse en cuenta la influencia de las Recomendaciones del GAFI desde los 90.

[13] Art. 2, UNCAC.

[14] Ver Naylor, R. T., "Wash out: A critique of follow-the-money methods in crime control policy", en *Crime, Law and Social Change*, 32: 1-57, Países Bajos, 1999, ps. 11 y siguientes.

[15] Ver, entre muchos otros, los trabajos de Youngers, C. y Rosin, E. (eds.), *Drugs and democracy in Latin America. The impact of U.S. Policy*, Lynne Rienner

puede ser aplicado a los delitos de corrupción pública, cuyos autores regularmente no provienen de una situación de marginalidad social.

En cada país, la cultura jurídica, la historia política reciente y la interpretación de reglas constitucionales juegan un rol importante en la implementación del decomiso del producto del delito que, por cierto, no ha sido uniforme.

El propósito de este capítulo es brindar un panorama de los modelos predominantes y de los principales debates que se generan alrededor de esta nueva herramienta.

II. Decomiso penal (*in personam*) y decomiso civil (*in rem*)

Uno de los debates más relevantes, por las consecuencias prácticas que se derivan de él, es el relativo a si el decomiso del producto del delito debe necesariamente ser regulado como una sanción penal (*in personam*) o si es admisible regularlo como una acción real (*in rem*), que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal.

En el primer caso, si el decomiso del producto, por sus características, sólo puede ser regulado como una pena, debe quedar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal. En particular, la carga de probar el origen ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, el decomiso sólo podría ser aplicado por un tribunal de justicia, el imputado tendría siempre derecho de recurrir la decisión, el principio de personalidad de la pena impediría el decomiso en caso de muerte del imputado, la prohibición de juicios *in absentia* impediría el decomiso frente a casos de fuga y el decomiso se dificultaría frente a la inexistencia de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En cambio, si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción *in rem*, podría ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles. Concretamente, la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería

Publishers, Londres, 2005; Bertram, E.; Blachman, M.; Sharpe, K. y Andreas, P., *Drug War Politics: The Price of Denial*, University of California Press, Berkeley, 1996; MacCoun, R. J. y Reuter, P., *Drug War Heresies: Learning from Other Vices, Times & Places*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, procedería contra herederos, etcétera.

Originalmente, el decomiso del producto del delito ha sido tratado como una sanción penal en todas las tradiciones jurídicas. Sin embargo, diversas dificultades probatorias, como las relativas al origen –lícito o ilícito– o a la "la titularidad" –tanto frente a casos de testaferros como de vehículos corporativos registrados en jurisdicciones *offshore*– llevaron a varios países, tanto de tradición anglosajona como continental, a idear regímenes de decomiso del producto de actividades ilícitas bajo procedimientos *in rem*, que operan bajo estándares administrativos.

La compatibilidad de tales sistemas con los derechos humanos fundamentales y las garantías básicas del proceso penal fue examinada en varias oportunidades, y desde diferentes ángulos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La lectura de sus sentencias parece indicar que, lejos de tratarse de una dicotomía insalvable sobre "la naturaleza" del decomiso del producto del delito, existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos *in rem* podrían ser compatibles con las garantías fundamentales.

La discusión es especialmente importante en América Latina, donde muchas legislaturas están considerando proyectos legislativos para admitir decomisos *in rem* o civiles, bajo el rótulo de leyes de "extinción del dominio"[16].

[16] El nombre proviene de la legislación colombiana, donde la extinción del dominio fue establecida en la Constitución en 1936 y 1991, y es actualmente regulada por la ley 793, ver *infra* apartado IV. 3. La meta 14 de la estrategia contra el lavado de activos de 2005 de Brasil fue la elaboración de un proyecto de ley de extinción del dominio, actualmente en discusión parlamentaria. En marzo de 2008, un proyecto apoyado por la Procuraduría del Estado, la Fiscalía, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y la Secretaría Nacional Anticorrupción, entre otros, fue presentado a la Asamblea Constituyente con una propuesta de extinción del dominio para bienes vinculados con hechos de corrupción, narcotráfico y otras actividades ilícitas. En Panamá, a fin de 2006, el Ministerio Público presentó un anteproyecto de extinción del dominio para hechos de enriquecimiento ilícito, lavado de dinero, secuestro, extorsión y proxenetismo. En marzo de 2007, el presidente mexicano Felipe Calderón Hinojosa presentó un proyecto de ley estableciendo un régimen de extinción del dominio. En la Argentina, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica elaboró un proyecto de ley que contiene una acción *in rem*.

III. El decomiso del producto del delito en el proceso penal

En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. En algunos países, como Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que "el crimen no debe pagar" (restaurativo); en otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aun en otros, como Suiza, el decomiso del producto del delito se asocia a la idea de que la acumulación de capital en manos de organizaciones delictivas es un fenómeno socialmente peligroso[17].

Sin perjuicio de estas divergencias en los fundamentos, en todos los países de Europa continental el decomiso del producto del delito es adoptado por un tribunal de justicia como consecuencia de una sentencia condenatoria.

Sin embargo, ello resulta de procedimientos específicos que, por ser posteriores a la condena[18], admiten cierta flexibilidad en la distribución de las cargas probatorias para determinar el origen de los bienes sujetos a decomiso. Esta estrategia fue convalidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de varias decisiones que resumiremos a continuación.

III. 1. ¿Cuándo el decomiso es una sanción penal?

Desde 1986, las leyes contra el narcotráfico del Reino Unido establecieron un procedimiento de decomiso en el cual la determinación del producto del delito está sujeta a estándares de prueba de carácter civil, es decir que, con posterioridad a la condena penal,

[17] Pieth, Mark, "Seizure and Confiscation", en Pieth, M.; Low, L. y Cullen, P., *The OECD Convention on Bribery. A commentary*, Cambridge University Press, 2007, p. 255.

[18] La mayoría de los países permite incluso diferir la iniciación del procedimiento de decomiso por un plazo. En el Reino Unido, por ejemplo, se puede iniciar la acción de decomiso hasta 6 meses después de la condena penal; en Holanda, el decomiso se puede iniciar hasta dos años después de la condena. Otros países, como Bélgica, obligan al juez a ordenar el decomiso junto con la sentencia. Cf. Stessens, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, cit., p. 43.

para la determinación del monto del decomiso, la acusación debe probar que la probabilidad de que el beneficio obtenido con el delito sea equivalente al monto requerido es mayor que la que propone la defensa. Más aún, los tribunales están obligados a presumir que los bienes adquiridos y los gastos incurridos durante un período de tiempo anterior a la comisión de la conducta por la cual se condenó al imputado son producto del narcotráfico.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) analizó la compatibilidad de este régimen con el principio de legalidad establecido en el artículo 7 del Convenio Europeo de los Derechos y Libertades Fundamentales en Welch v. UK[19]. Los hechos por los cuales Welch había sido condenado habían ocurrido antes de la entrada en vigencia de este procedimiento de decomiso y los tribunales ingleses aplicaron el sistema de presunciones arguyendo que no se trataba de una sanción penal. Ello obligó al TEDH a determinar si las particularidades de ese procedimiento de decomiso tenía carácter punitivo o reparador.

El TEDH afirmó que la naturaleza penal o civil del decomiso no dependía ni del procedimiento que se asignara en el derecho local –pues el concepto de "pena" es autónomo de las legislaciones internas[20]– ni del fundamento utilizado en los debates parlamentarios que condujeron a la sanción de la ley, porque las sanciones penales admiten fundamentos preventivos generales y especiales.

Al contrario, se afirmó que la decisión dependía, por una parte, de cómo estuviera regulado el concepto de "producto" del delito y, por la otra, de las consecuencias que se derivaran del incumplimiento del decomiso.

El primer aspecto considerado por el TEDH fue si la legislación autorizaba el decomiso del "producto bruto" –es decir de todos los bienes derivados de la comisión del delito– o si permitía deducir los costos incurridos para la comisión del delito, o para el ejercicio de la defensa, es decir, el "producto neto" o las ganancias propiamente dichas. Si el decomiso se limitara estrictamente al beneficio remanente al momento de la sentencia, descontados los gastos incurri-

19 "Welch v. United Kingdom", 9/2/1995, Series A nº 307-A.

20 Un concepto autónomo implica que la norma internacional tiene un significado propio e independiente de la regulación interna. Cf. "The Demicoli v. Malta", 27 August 1991, Series A nº 210, ps. 15-16, párr. 31, y "X v. France", 31/3/1992, Series A nº 234-C, p. 98, párr. 28, entre muchos otros.

dos, ello podría ser un indicador del carácter "restitutivo". En cambio, si el decomiso incluyera la totalidad de lo producido por el delito, con independencia de los gastos incurridos, sería un indicador importante de que se trata de una sanción penal.

En el mismo sentido, la legislación inglesa permitía al juez calibrar el monto del decomiso utilizando criterios como el grado de responsabilidad del autor o la gravedad del hecho, lo que también sugería el carácter punitivo de esa regulación.

Finalmente, el TEDH también tuvo en cuenta las consecuencias frente al no cumplimiento de la orden de decomiso. Si el legislador permite, como ocurría en la legislación inglesa, sustituir el decomiso por la aplicación de una pena de prisión o aplicar una pena de prisión frente al incumplimiento del pago del monto decomisado, estará reafirmando el carácter punitivo de ese decomiso.

En definitiva, el TEDH sostuvo que el decomiso del producto del delito puede ser una pena o un remedio de carácter civil, dependiendo de las características que rodeen el procedimiento.

Prueba de ello es el caso "M. v. Italia"[21], en el cual la Comisión Europea de Derechos Humanos desestimó que las leyes antimafias italianas que establecían un procedimiento de decomiso preventivo violaran la presunción de inocencia.

Desde mediados de los años 50, las leyes italianas han intentado diversas estrategias para reducir las organizaciones mafiosas. A partir de 1965, los bienes de las personas sospechadas de pertenecer a la mafia podían ser embargados si existía suficiente evidencia circunstancial que mostrara, por ejemplo, una notable discrepancia entre el estilo de vida de la persona y sus ingresos legales. La persona debía destruir esa presunción para evitar el decomiso. El decomiso, sostenía Italia, se fundaba en evitar que esos bienes fueran utilizados para solventar nuevas actividades ilícitas. Para evaluar la compatibilidad de este régimen con la presunción de inocencia, la Comisión Europea analizó en primer término qué garantías rodeaban el procedimiento.

La Corte Constitucional y la Corte de Casación italianas habían acuñado una jurisprudencia consistente que delineaba las siguientes notas características: 1) el decomiso "preventivo" era totalmente autónomo del proceso penal y no tenía como objetivo probar la ocurrencia de un hecho delictivo sino la probabilidad de pertenencia de una persona a una organización mafiosa, para lo cual se

21 El caso fue resuelto en 1991.

requiere evidencia que podría ser de muy poca utilidad en un proceso penal, como el estilo de vida, los antecedentes penales, la pertenencia a un grupo social asociado con grupos criminales organizados, la riqueza comparada con los ingresos legales; 2) no procedía si la persona fallecía, lo que reforzaba la idea de que el fundamento era prevenir el uso indebido de los bienes; 3) no podía ser adoptado sobre la base de "meras sospechas" y sólo se justificaba frente al establecimiento de pruebas concretas que revelaran la conducta y el estilo de vida de la persona en cuestión; 4) el decomiso estaba sujeto a un procedimiento adversarial y era decidido por un tribunal de justicia; 5) la presunción sobre el origen ilícito de los bienes requiere suficiente evidencia circunstancial y la ausencia de evidencia que la refute; 6) ello no impone la carga de la prueba sino únicamente la carga de alegar contra la prueba circunstancial ofrecida; y 7) la persona no está obligada a probar el origen lícito de los bienes sino facultada a introducir evidencia que contradiga aquella aportada por la acusación. Todo ello permitió concluir a la Comisión que el procedimiento no tenía por finalidad determinar la culpabilidad de la persona.

En segundo lugar, la Comisión tomó en cuenta que el procedimiento no permitía la confiscación de bienes a menos que la persona hubiera sido previamente declarada sospechosa de pertenecer a la mafia, lo cual requería evidencia circunstancial objetiva y no una mera sospecha.

Finalmente, la Comisión consideró que el decomiso, en el caso concreto, no era tan gravoso como para ser considerado una "pena" y que en el caso concreto confirmaba que estaba siendo aplicado para prevenir el uso indebido de los bienes decomisados.

La Comisión concluyó: "el decomiso es una medida cuya aplicación no está confinada el derecho penal; se encuentra ampliamente extendida en la esfera del derecho administrativo. Objetos sujetos a decomiso incluyen bienes importados ilegalmente (e. g. Caso Agosi), el producto de actividades ilícitas no tipificadas como delitos (como edificios construidos sin autorización de los planos), algunos bienes considerados peligrosos (como armas, explosivos, ganado infectado) y bienes conectados, aunque de modo indirecto, con actividades delictivas (como los fondos de "sociedades secretas" bajo las leyes italianas). Por lo tanto, puede apreciarse de la legislación de los Estados miembros del Consejo de Europa, que medidas muy severas, pero necesarias y apropiadas para la protección del interés público, son adoptadas fuera de la esfera del derecho penal. La Comisión nota que la medida de decomiso impugnada se refiere

a bienes considerados de origen ilícito. Su finalidad es desarticular las organizaciones mafiosas y los considerables recursos que tienen a su disposición para financiar sus actividades (…) Siendo éste el caso, la Comisión concluye que el decomiso no está vinculado a una declaración de culpabilidad consecuencia de una acusación penal y, por lo tanto, no constituye una pena".

Recientemente, en "Butler v. Reino Unido"[22], el Tribunal Europeo tuvo ocasión de evaluar la compatibilidad de otro procedimiento de decomiso inglés mediante el cual la autoridad aduanera está autorizada a decomisar dinero en efectivo sobre el cual existen sospechas razonables de que es producto de actividades vinculadas al narcotráfico. El procedimiento está calificado como preventivo por el derecho inglés, requiere un estándar de prueba civil, permite al titular del dinero defenderse desvirtuando la evidencia y es decidido por un tribunal de justicia. En el caso en cuestión, el dinero fue decomisado a una persona que declaró que, en realidad, el dinero pertenecía al denunciante: eran billetes escoceses –que la aduana calificó como de uso típico para operaciones de tráfico de estupefacientes–, encontrados en un auto alquilado que se dirigía a Málaga, que la aduana calificó como un lugar desde el cual se consignan estupefacientes con destino al Reino Unido. La explicación de Butler fue que él había entregado el dinero a su amigo para que le comprara un departamento –que nunca pudo ser identificado. El Tribunal encontró "más probable que el dinero fuera para ser utilizado en una transacción de tráfico, que no lo fuera" y ordenó el decomiso.

El TEDH examinó el procedimiento para determinar si el decomiso implicaba la aplicación de una pena. Luego de afirmar que el procedimiento nunca implicó la formulación de cargos contra el denunciante, ni contra otra persona, sostuvo: "La orden de decomiso fue una medida preventiva y no puede compararse con una sanción penal, desde que ha sido pensada para sacar de circulación el dinero presumiblemente destinado al tráfico internacional de estupefacientes". De ello se sigue que el procedimiento que llevó al decomiso no implica "la determinación (…) de una acusación penal" (ver Raimondi v. Italia, y más recientemente Arcuri y otros v. Italia, y Riela v. Italia)[23].

22 "Butler v. Reino Unido", decisión sobre admisibilidad del 27 de junio de 2002.

23 "Butler v. Reino Unido", cit., párr. 43.

El TEDH juzgó decisivo que en el procedimiento en cuestión no estaba en juego una condena o una absolución y que la orden de decomiso no impactaba en los antecedentes ni del denunciante ni de la persona que transportaba el dinero.

En los casos "Arcuri v. Italia"[24] y "Riela v. Italia"[25], el TEDH ratificó la posición adoptada por la Comisión en "M. v. Italia" en relación con el decomiso preventivo de los bienes sospechados de ser utilizados en conexión con actividades mafiosas.

La comparación entre "Welch v. Reino Unido" y "M. v. Italia" y los casos subsiguientes –Butler, Arcuri, Riela– muestra que el decomiso del producto de actividades ilícitas puede ser canalizado no solamente como una sanción penal, sino también como un decomiso preventivo de carácter administrativo. Más adelante examinaremos qué garantías específicas deben rodear a un decomiso preventivo para no vulnerar derechos fundamentales.

III. 2. La determinación del origen de los bienes y la presunción de inocencia

Las dificultades para probar el origen de los bienes que podrían estar sujetos a decomiso provienen de varias fuentes. Por una parte, la naturaleza internacional de las actividades de lavado de dinero normalmente incrementa las dificultades para obtener medios probatorios que acrediten el origen de los bienes sujetos a decomiso[26]. Cuando los activos pertenecen a vehículos corporativos domiciliados en jurisdicciones *offshore*, esa prueba podría terminar siendo casi imposible[27]. Por otra parte, dado que algunos delitos de corrupción son delitos consensuados, la falta de víctimas no sólo repercute sobre los mecanismos de detección sino también sobre la posibilidad de recolectar pruebas vinculadas al producto obtenido.

Para contrarrestar estas dificultades, hace tiempo que los estándares internacionales recomiendan considerar "la posibilidad de exi-

[24] "Arcuri v. Italia", decisión sobre admisibilidad del 5 de julio de 2001.

[25] "Riela v. Italy", decisión sobre admisibilidad del 4 de septiembre de 2001.

[26] Al afirmar la autonomía del delito de lavado de activos, el Superior Tribunal Federal Suizo expresó: "supeditar la eficacia de la persecución por lavado de dinero a los resultados de los procedimientos judiciales extranjeros sería un impedimento para combatir el lavado de dinero", Sentencia del 21 de septiembre de 1994, en *La semaine judiciare* (1995), 308.

[27] Ver al respecto el informe citado por Stessens, cit., p. 67, elaborado por "Money Laundering Experts Group of the EU Multidisciplinary Working Group on Organised Crime".

gir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos"[28].

Muchos países ya han implementado esta recomendación internacional a través de procedimientos de decomiso posteriores a la condena que alivianan la carga probatoria de la acusación. Básicamente existen dos modelos para ello.

En algunos países, la ley establece un sistema de presunciones relativas sobre el origen de los bienes que el condenado debe destruir para evitar el decomiso. Algunos países, como el Reino Unido[29], presumen que los bienes adquiridos durante cierto lapso anterior a la condena provienen de actividades ilícitas. Otros, como Austria[30], Suiza[31], Alemania[32] o Francia[33], presumen que los bienes

[28] Cf. art. 31, 8 de la UNCAC. En el mismo sentido, ver los arts. 5 de la Convención de Viena y 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[29] Para habilitar el sistema de presunciones se requiere que el Tribunal establezca si el condenado "hace del delito su forma de vida" y, en tal caso, si "se benefició de su conducta delictiva en general". En tal caso, el Tribunal debe asumir que todos los bienes y gastos incurridos durante los 6 años anteriores a la condena son producto del delito. El condenado debe mostrar lo contrario. Cf. *Proceeds of Crime Act*, Parte IV, especialmente Secciones 156, 2002, ps. 177-178.

[30] Tanto frente a reincidencias durante un período de tiempo como frente a una condena por pertenecer a una organización criminal.

[31] El art. 59.3, CP suizo, presume que los bienes que pertenecen a una persona condenada por ser miembro de una organización delictiva (en los términos del art. 260 *ter*, CP) están bajo el control de la organización delictiva. La prueba en contrario puede consistir en que los bienes no están bajo el control de la organización o, si se trata de un miembro de bajo rango, que los bienes tienen un origen lícito.

[32] El art. 73.d prevé la extensión del decomiso (*erweiterter Verfall*) a todos los bienes del condenado "si las circunstancias justifican la presunción de que tales objetos fueron adquiridos como resultado de actividades ilícitas o con el propósito de cometerlas". La Corte Constitucional Federal interpretó que la aplicación de esta regla requiere al juez estar "incondicionalmente convencido del origen ilícito de los bienes". Ver *Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift,* NJW, 2004, 2073, citado por el Bundesrechtsanwaltskammer (Colegio de Abogados Federal) en su posición frente al Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Presunción de Inocencia, 26/4/2006 (COM 174), disponible en *www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2006/Stn18_engl.pdf* (20/4/2008).

[33] Francia ha ido mucho más allá, al introducir en su Código Penal una serie de delitos que permiten la inversión de la carga de la prueba de algunos ele-

pertenecientes a una persona condenada por ser miembro de una asociación ilícita –un grupo criminal organizado, una asociación criminal, etcétera– están bajo el control de tal organización. En ambos casos, las presunciones son relativas, pero la carga de destruirlas está a cargo de la defensa del condenado.

La segunda posibilidad es que la ley exija que la acusación alcance un grado de probabilidad –usualmente mostrar al tribunal que "es más probable que los bienes sean de origen ilícito que no lo sean"– y que, sólo una vez alcanzado ese estándar, la carga de destruirlo corresponde al condenado. Una forma aceptada de probar la probabilidad de que el dinero es de origen ilícito es comparando el valor de los bienes en cuestión con los ingresos lícitos[34]. Ejemplos de este modelo pueden apreciarse en Australia[35], Italia[36], Holanda[37] y Estados Unidos[38].

---

mentos del tipo posibilitando que con una condena penal se decomisen todas las ganancias obtenidas.

[34] Este método probatorio es similar al que se aplica para determinar el "enriquecimiento ilícito" de funcionarios. Se trata de un método de prueba indirecto frecuentemente aceptado en casos de lavado de activos y de delitos tributarios. Para el caso de Estados Unidos, ver Williams y Whitney, cit., p. 86. Para el caso europeo, ver la Decisión Marco del Consejo de Europa 212 del 24 de febrero de 2005, que se analiza en esta misma sección.

[35] Frente a una condena por delitos relacionados con el narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo, trata de personas y algunas modalidades de fraude se presume, admitiendo prueba en contrario, que todos los bienes que la persona posee o controla son el producto del delito. Cf. Proceeds of Crime Act, 2002, Secciones 92-94.

[36] Cf. el art. 12.6 de la ley 356/92 establece el decomiso obligatorio de los bienes del condenado por delitos relacionados con el narcotráfico, la criminalidad organizada o el lavado de dinero cuando no se correspondan con sus ingresos o su actividad económica y el condenado no puede explicar su origen. Los bienes pueden no estar vinculados al delito por el cual fue condenada la persona y, cuando lo están, pueden pertenecer a un tercero.

[37] El art. 36 del Código Penal holandés no sólo autoriza el decomiso del producto del delito por el cual se condena sino, además, el de bienes que "probablemente derivan de otros delitos". La acusación debe mostrar tal probabilidad y el condenado puede refutarla. La Corte Suprema de Holanda falló que la regla es compatible con la presunción de inocencia siempre que el condenado tenga la posibilidad de refutar la presunción. Cf. Stessens, cit., p. 72.

[38] Cf. 18 USC 982. La mayoría de los tribunales estadounidenses coinciden en que el estándar aplicable es el de "preponderancia de la prueba", es decir, que es más probable que no lo sea, y que una vez alcanzado ese grado de probabili-

El TEDH también tuvo ocasión de analizar la compatibilidad de estos procedimientos con la presunción de inocencia establecida en el artículo 6 del Convenio Europeo en "Phillips v. Reino Unido"[39].

Phillips fue condenado por contrabando de una cantidad sustancial de marihuana. En el procedimiento de decomiso el TEDH determinó, en primer lugar, que el señor Phillips "se benefició" con el tráfico de estupefacientes. Satisfecho el Tribunal con este estándar[40], la ley obligaba a presumir que los bienes adquiridos y los gastos incurridos en los últimos seis años provenían del narcotráfico. Las explicaciones brindadas por la defensa de Phillips y las pruebas que aportó para destruir esa presunción[41] resultaron insuficientes para el Tribunal que ordenó el decomiso.

El argumento central de la defensa frente al TEDH fue que, dado que el decomiso aplicado era una pena en los términos de "Welch v. Reino Unido", debía estar rodeado de las garantías del proceso penal, entre ellas la presunción de inocencia. En ese contexto, la autorización de decomisar todos los bienes adquiridos más todos los gastos incurridos durante un período de tiempo anterior a la condena, equivalía a aplicarle una pena por conductas por las cuales no había sido siquiera acusado, no habían sido ventiladas en juicio, no había sido condenado y por las cuales debía ser presumido inocente. El Reino Unido sostuvo en cambio que la presunción era parte del procedimiento de determinación de la pena aplicable por el delito por el cual había sido condenado y no equivalía a una "nueva acusación penal".

El TEDH decidió que la presunción de inocencia no era aplicable a un procedimiento cuyo propósito es permitir a los tribunales

---

dad, el condenado puede destruirla. El *leading case* es "US v. Myers", 21 F 3º 826, 829 (8º Cir. 1994), en el cual el tribunal estableció que el decomiso penal no requiere el mismo estándar que un elemento del tipo penal ("más allá de toda duda razonable") porque es parte del proceso de determinación de la pena. Los bienes pueden ser sustituidos por otros de valor equivalente.

39 "Philips v. UK" del 5 de julio de 2001, n° 41087/98.

40 El Fiscal de la Aduana probó que Phillips no tenía una fuente declarada de ingresos, no pagaba impuestos a las ganancias, era propietario de un hotel, una agencia de noticias y cinco automóviles, incluyendo algunos de lujo, y alegó que era altamente probable que Phillips se hubiera beneficiado del narcotráfico en la suma de GBP 117.838, 27.

41 Phillips alegó que ni el hotel ni los autos le pertenecían y presentó a su padre como único testigo.

nacionales determinar apropiadamente el monto del decomiso: "La Corte considera que este procedimiento es análogo a la determinación por un tribunal del monto de una multa o del lapso de prisión impuesto a una persona que ha sido condenada apropiadamente"[42].

Más claramente, el TEDH afirmó: "A pesar de que resulta claro que el artículo 6.2 gobierna el procedimiento penal en su integridad, y no únicamente el examen de los méritos de la acusación (ver, por ejemplo, Minelli v. Suiza, Sekanina v. Austria y Allenet de Ribemont v. Francia), *el derecho a ser presumido inocente bajo el art. 6.2 sólo rige en relación con el delito acusado. Una vez que un acusado ha sido apropiadamente encontrado culpable de ese delito, el art. 6.2. no puede tener aplicación en relación con los argumentos sobre el carácter y la conducta del acusado como parte del procedimiento de determinación de la pena*, a menos que esas alegaciones sean de tal naturaleza y grado que signifiquen una nueva 'acusación', en el sentido autónomo que la Convención otorga al término"[43].

En forma separada a la cuestión del decomiso, el TEDH también ha evaluado la compatibilidad de las presunciones en materia penal con el principio de inocencia[44]. En "Salabiaku v. Francia", el TEDH afirmó: "Las presunciones de hecho o de derecho existen en todo sistema legal. Claramente, la Convención, en principio, no prohíbe tales presunciones. Sin embargo, requiere que los Estados Partes se mantengan dentro de determinados límites cuando estas presunciones se aplican en el ámbito del derecho penal. Requiere que el Estado las confine dentro de límites razonables que tomen en cuenta lo que está en juego y que mantengan los derechos de la defensa"[45].

Para que una presunción legal o de hecho sea compatible con la presunción de inocencia, los tribunales deben atender a dos factores: a) que la presunción no opere automáticamente y b) que la defensa tenga amplias posibilidades de rebatirla. Si ambas condiciones son satisfechas, la presunción será, bajo "Salabiaku", válida[46].

42 "Phillips v. UK", cit, párr. 34.

43 "Phillips v. UK", párr. 35.

44 Para un análisis comparativo de las presunciones en materia penal ver Jorge, Guillermo, "The Romanian Legal Framewotk on Illicit Enrichment", ABA-CEELI, julio de 2007, disponible en *www.abanet.org/rol/publications/romania-illegal_enrichment_framework-2007-eng.pdf* (20/4/2008).

45 "Salabiaku v. France", 7 de octubre de 1988, A 141-A, párr. 28.

46 Cf. Stessens, cit., p. 71. Varios tribunales han interpretado que la validez de las presunciones depende de otros factores, Nardell, G., "Presumed innocence, proportionality and the Privy Council", IQR (1994), ps. 223-228.

El primer recaudo se satisface siempre que esté en poder de los tribunales decidir la aplicación de la presunción. Lo contrario abriría la puerta para que las legislaturas tuvieran una herramienta para privar a los tribunales de justicia de su poder inherente de evaluar las pruebas que se le presentan en juicio. Ello, "no podría reconciliarse con el objeto y fin del artículo 6 que, a través de la protección del debido proceso, y en particular del derecho de ser presumido inocente, cumple el propósito de fortalecer el Estado de derecho"[47].

El segundo requisito se cumple siempre que la presunción en cuestión sea relativa, es decir, que la defensa tenga amplias posibilidades para destruirla[48].

En "Phillips v. Reino Unido", el TEDH dio por satisfechos ambos criterios en relación con la aplicación de la presunción de que los bienes adquiridos durante los seis años anteriores a la condena eran el producto de –otras– actividades delictivas. El TEDH tuvo en cuenta que los tribunales ingleses tienen suficiente discreción para no aplicar la presunción cuando consideran que "puede derivar en serios riesgos de injusticia". Por otra parte, Phillips tuvo amplias oportunidades para destruir la presunción. Al respecto, el TEDH expresó:

"Más aún, la Corte nota que, si los alegatos del denunciante en relación con sus transacciones financieras fueran ciertos, no hubiera tenido ningún inconveniente en destruir la presunción legal; como dijo el Juez, los pasos probatorios a seguir para demostrar el origen de su dinero y propiedades eran 'perfectamente obvios, comunes y simples'. No puede entonces el denunciante quejarse de una injusticia en el hecho de que el Juez haya incluido en sus cálculos bienes comprados con el producto de otros delitos (…) Finalmente, cuando calculó el valor de los bienes, es significativo que el Juez sólo tomó en cuenta (…) los bienes sobre los que había suficiente evidencia que probaba que pertenecían al denunciante. El Juez aceptó la evidencia del denunciante al momento de valuar los

47 "Salabiaku v. France", cit., párr. 28.

48 "Como fue señalado en Salabiaku (…) el art. 6 require a los Estados Partes que limiten las presunciones de hecho o de derecho previstas en sus leyes penales dentro de límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y mantengan el derecho de defensa (…) Mr. Phan Hoang no fue privado de sus medios de defensa (…) La presunción de su responsabilidad no era irrefutable". "Pham Hoang v. France", del 25 de septiembre de 1992, nº 13191/87, párr. 34.

bienes (…) Si bien el Tribunal considera que algunos aspectos relativos a la justicia de este procedimiento pueden surgir en circunstancias en los que el monto del decomiso incluya bienes que se presumen ocultos, esta circunstancia está muy lejos de haberse presentado en este caso. Por lo tanto, en términos generales, el Tribunal encuentra que la aplicación del procedimiento (…) se encuentra dentro de límites razonables dada la importancia de lo que está en juego y que mantuvo los derechos de la defensa"[49].

Los diferentes modelos de legislación que hemos resumido en los párrafos anteriores cumplen con ambas condiciones.

Tomando en consideración esta línea jurisprudencial[50] y con el objetivo de "garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso del producto del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada"[51], el Consejo de Europa adoptó la Decisión Marco 2005/212 sobre decomiso del producto e instrumentos del delito.

En una muestra más de la creciente expansión del paradigma del decomiso del producto del delito como herramienta central contra la criminalidad organizada, la Decisión requiere, en relación con delitos asociados con la criminalidad organizada[52], que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para permitir el decomiso, *como mínimo*, cuando:

"a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que *los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena* por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

49 "Phillips v. Reino Unido", cit., párrs. 45, 46 y 47.

50 Cf. Comisión Europea, "El libro verde sobre la presunción de inocencia", 26 de abril de 2006, disponible en *europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l16032.htm* (20/4/2008).

51 Cf. Decisión Marco del Consejo de Europa 2005/212/HAJ, del 24 de febrero de 2005, párr. 10.

52 La Decisión se refiere específicamente a los delitos vinculados con la falsificación de moneda, al blanqueo de capitales, la trata de seres humanos, el tráfico de migrantes, la explotación sexual de niños, la pornografía infantil, el tráfico de estupefacientes y algunos actos de financiamiento de terrorismo.

b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de *actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena* por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

c) se tenga constancia de que *el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales* de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada".

Los primeros incisos reflejan el modelo de presunciones generalmente establecido para los condenados por pertenecer a grupos delictivos organizados –asociaciones ilícitas– y el tercero refleja la admisión en el derecho europeo del método de prueba indirecto basado en la comparación del patrimonio con los ingresos legales.

III. 3. La determinación del origen de los bienes y el derecho a no auto-incriminarse coactivamente

Los procedimientos de decomiso descriptos en el apartado precedente también podrían ser objetados en relación con el derecho a no auto-incriminarse en forma coactiva cuando el condenado es llamado a destruir la presunción establecida por la ley o por la acusación.

El derecho a no auto-incriminarse comprende tanto el derecho a permanecer en silencio como el derecho a no ser obligado a producir pruebas incriminatorias. A pesar de que no ha sido expresamente contemplado en la Convención Europea, la jurisprudencia del TEDH ha reconocido que este principio descansa en el "corazón de la noción de un debido proceso"[53].

Sin embargo, el TEDH ha reconocido que este derecho no es absoluto. En "Murray v. Reino Unido", el TEDH expresó: "Por una parte, es evidente que es incompatible con las garantías bajo examen fundamentar una condena sobre la base exclusiva del silencio del acusado o sobre su negativa a responder preguntas o de proveer pruebas. Por otra parte, el Tribunal entiende que es igual de eviden-

53 "Heaney and McGuiness v. Ireland", del 21 de diciembre de 2000, N° 34720/97.

te que tales garantías no pueden, ni deben impedir que el silencio del acusado, en situaciones que claramente requieren de una explicación de su parte, sean tenidas en cuenta al considerar el grado de persuasión de la prueba aportada por la acusación. Cualquiera sea el lugar en el cual la línea entre estos dos extremos deba ser trazada, se sigue de este razonamiento que la pregunta acerca de si el derecho a permanecer callado es absoluto debe ser respondida negativamente"[54].

Más adelante, en un intento por trazar esta línea, el Tribunal estableció las condiciones bajo las cuales los tribunales podrían derivar inferencias del silencio de un acusado.

En primer lugar, el TEDH estableció que las inferencias sólo son válidas si la acusación ha podido establecer un caso probable, es decir, "un caso con prueba directa que si es evaluada en combinación con inferencias legítimas, puede conducir a un jurado apropiadamente instruido a estar satisfecho, más allá de toda duda razonable que cada elemento del delito está probado".

Si no hubiera un "caso probable", entonces cualquier inferencia sería inválida. "La pregunta en cada caso particular es si las pruebas de la acusación son lo suficientemente contundentes como para requerir una respuesta. La Corte nacional no puede concluir que el acusado es culpable simplemente porque eligió permanecer en silencio. Sólo cuando las pruebas contra el acusado 'reclaman' una explicación que el acusado debe estar en posición de brindar, la falta de tal explicación puede, por sentido común, permitir que se infiera que tal explicación no existe y que el acusado es culpable".

En segundo lugar, sólo las inferencias *de sentido común* son permisibles. El estándar de la experiencia debe aplicarse "cuando la inferencia es tan forzada que no guarda relación con las circunstancias de la vida tal como las conocemos".

En tercer lugar, del mismo modo que con la presunción de inocencia, los tribunales no pueden ser obligados por las legislaturas a inferir consecuencias negativas del silencio del acusado. Al contrario, los tribunales deben ser libres de evaluar la evidencia presentada por la acusación de conformidad con el estándar legal aplicable ("más allá de toda duda razonable", "íntima convicción", "sana crítica racional").

Sobre la base de esas condiciones, en el caso "Murray", el TEDH concluyó que las inferencias derivadas del silencio del acusado no

[54] Ibídem, párr. 47.

tenían el efecto de invertir la carga de la prueba en un sentido que pudiera considerarse violatorio del principio de inocencia.

El TEDH también ha efectuado algunos pronunciamientos vinculados al derecho a no ser obligado a producir pruebas. El TEDH distingue entre evidencias "adquiridas compulsivamente" y evidencias que existen con independencia de la voluntad del acusado: "El derecho a no auto-incriminarse protege primordialmente la voluntad del acusado de permanecer callado. Como se entiende comúnmente, no se extiende a evidencias que, pudiendo ser obtenidas del acusado a través del uso de poderes coactivos, existen con independencia de su voluntad, como, entre otros, su aliento, su sangre, su orina o lo necesario para realizar un test de ADN"[55].

En el mismo sentido, las presunciones de derecho que imponen el deber de producir pruebas documentales fueron consideradas válidas siempre y cuando no se tratara de órdenes utilizadas para justificar "operaciones de pesca", en las que solamente existiera una simple sospecha. Ello fue admitido tanto para personas físicas como para personas jurídicas[56].

Sobre esas bases, es razonable afirmar que los procedimientos de decomiso que transfieren la carga de destruir una presunción a la persona condenada, no podrían ser cuestionados por vulnerar el derecho a no auto-incriminarse en forma coactiva[57]. Más aún teniendo en cuenta que en estos procedimientos la persona ya ha sido condenada[58].

IV. El decomiso civil

Además de las dificultades probatorias que dieron lugar a que los procedimientos de decomiso, incluso los penales, hayan relajado algunas de las garantías fundamentales del proceso penal, existen

55 "Saunders v. United Kingdom", del 17 de diciembre de 1996, N° 19187/91.

56 "Mannesmannröhren-Werke v. Commission", case T-112/98, ECR 729, párr. 65; Opinion of AG in Case C-301/04 P, "Commission v. SGL".

57 Para un análisis de la aplicación por tribunales de varias jurisdicciones, ver Jorge, Guillermo, "The Romanian legal framework on Illicit Enrichment", cit.; y Wilsher, Dan, "Inexplicable Wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases", en *Journal of Crime, Law and Social Change*, Springer Netherlands, vol. 45, 1ª ed., febrero de 2006.

58 Ver "Phillips v. Reino Unido", citado.

muchos casos en los cuales obtener una condena resulta imposible porque el imputado ha fallecido, se ha fugado y no se permite el proceso penal en ausencia, está protegido por algún régimen de inmunidades, no ha podido ser identificado, no existe un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, ha operado la prescripción de la acción penal, ha gozado de una amnistía, se ha producido una nulidad que prácticamente ha dejado sin medios probatorios a la acusación, etcétera[59].

Frente a estas posibilidades, algunos países han reaccionado instituyendo, en forma paralela e independiente del decomiso penal, o en forma subsidiaria para determinados casos, procedimientos de decomiso civil o administrativos.

La UNCAC, en su artículo 54, expresamente recomienda a los Estados parte "adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados".

Algunos países permiten que se produzca un juicio en ausencia del acusado superando una de las vallas principales para obtener una sentencia condenatoria[60].

Sin embargo, la tendencia es la de establecer procedimientos de decomiso civil, independientes del proceso penal.

Estos procedimientos operan *in rem*, es decir, se dirigen contra los bienes en cuestión y son concebidos como acciones de carácter

[59] Considerando que la admisión de excusas para no obtener una sentencia penal debe ser amplia, se ha dicho que "incluso cuando el funcionario haya abandonado ya el gobierno, puede conservar suficiente poder a nivel local como para obstruir un procedimiento penal en el país. En otros casos más extremos, los funcionarios sospechosos pueden gozar de inmunidad de enjuiciamiento penal o puede que no haya ninguna conducta 'penal' que requiera investigación porque los actos cometidos no violan ninguna de las leyes vigentes del Estado aun cuando el Estado promulgue posteriormente leyes que prohíban la conducta impugnada, el demandado puede argumentar que el código penal reformado tipifica delitos *ex post facto*, que el Estado no debería reconocer a los fines de la asistencia jurídica recíproca", Estudio de alcance undial sobre la transferencia de fondos de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de corrupción, Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción, 28 de noviembre de 2002, A/AC.261/12, ps. 9-10.

[60] Por ejemplo, Italia, Nueva Zelandia, Australia o Hong Kong. Cf. "Evaluation of law and systems in FATF members dealing with asset confiscation and provisional measures", appendix 1, p. 2 en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/48/34047135.pdf* (20/4/2008).

real que no persiguen el castigo individual, sino evitar que la riqueza producida por medios ilícitos forme parte de los bienes que integran el comercio lícito. Por ello, en general establecen una causal de extinción del derecho de dominio cuando el bien tiene origen en un delito. El fundamento de estas acciones es que el decomiso civil persigue evitar que quienes se enriquecen por medios ilícitos puedan convertirse en modelos sociales, es decir que detrás de estos procedimientos existe la idea de construir sociedades meritocráticas.

Al ser acciones reales y dirigirse contra los bienes, con independencia de su titular, estos procedimientos resultan extremadamente prácticos en casos en los cuales existen sospechas fundadas de que los titulares de los bienes no son los últimos beneficiarios. Por lo tanto, son herramientas prácticas para lidiar con testaferros y vehículos corporativos registrados en jurisdicciones *offshore*.

En este sentido, se presentan como una herramienta atractiva para reducir la corrupción en América Latina, donde varias legislaturas están considerando proyectos para implementar procedimientos similares.

El debate, sin embargo, no debe perder de vista algunas características estructurales de los sistemas judiciales latinoamericanos que podrían influir en los resultados esperados. En primer lugar, la justicia penal latinoamericana es notablemente selectiva[61]. Precisamente por ello, la posibilidad de que mecanismos que teóricamente apuntan a reducir grupos criminales con alto poder económico puedan en la práctica fortalecer esta selectividad es relativamente alta.

La experiencia estadounidense en materia de lavado de activos es un ejemplo a considerar en este sentido. Según el debate parlamentario de 1986, uno de los principales objetivos de penalizar el lavado de activos era restringir la oferta de servicios financieros a grupos criminales. Sin embargo, estimaciones del año 2004 mostraron que sólo el 6% de las condenas por lavado de activos se pronunciaban contra quienes no habían intervenido en las conductas precedentes, lo que muestra que, en la práctica, el efecto principal de este tipo penal fue el de mejorar las investigaciones, pero también el

61 Cf., por todos, Zaffaroni, Raúl Eugenio, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal,* 2ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 1998; Zaffaroni, Raúl Eugenio; Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000; Segato, Rita, "El color de la cárcel en América Latina", en *Nueva Sociedad*, nº 208, marzo-abril de 2007.

de agravar las condenas de quienes ya eran castigados por las conductas precedentes[62].

En segundo lugar, en muchos países latinoamericanos la línea entre el decomiso judicial y la confiscación ejecutiva de bienes no está claramente delimitada. Especialmente en los últimos años, los poderes ejecutivos de algunos países latinoamericanos han desempolvado instrumentos cuasi-confiscatorios sin siquiera *aggiornarlos* a los estándares del debido proceso administrativo. En este contexto, el decomiso civil del producto del delito podría constituir una herramienta que debilite otros aspectos cruciales en la consolidación de los procesos democráticos.

Con estos recaudos, en este apartado describiremos el funcionamiento de estos procedimientos *in rem* en Estados Unidos, el Reino Unido y Colombia.

IV. 1. Estados Unidos

En los Estados Unidos, es posible iniciar acciones de decomiso civil[63] contra bienes que se sospechen provenientes de cualquier delito precedente del lavado de activos[64]. Estas acciones pueden ser judiciales o administrativas, dependiendo del monto involucrado, del tipo de propiedad y de si alguien responde a la demanda de decomiso[65].

62 Cf. Cuellar, Mariano Florentino, "The Tenuous Relationship Between the Fight Against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 93, 2003, p. 311.

63 El decomiso civil está regulado en el título 18 del United State Code, a partir de la sección 981.

64 Antes del año 2000, el decomiso civil sólo procedía contra bienes sospechados de estar vinculados con el lavado de activos. Sin embargo, la Civil Asset Forfeiture Reform Act (2000) expandió esta posibilidad a todas las conductas precedentes del lavado de activos.

65 En general, los bienes de valor inferior a u$s 500.000 pueden ser decomisados por una autoridad administrativa, sin intervención judicial. Sin embargo, los bienes inmuebles sólo pueden ser decomisados judicialmente aunque su valor sea inferior a u$s 500.000, y los instrumentos monetarios pueden ser decomisados administrativamente aun cuando su valor exceda los u$s 500.000. Por otra parte, si la demanda de decomiso es contestada, el procedimiento debe ser judicial. Cf. Low, Lucienda, "Anti-money laundering in the United States", en Pieth, M. y Aiolfi, G. (eds.), *A comparative guide to anti-money laundering*, Edward Elgar, Reino Unido, 2004, p. 368.

El procedimiento originalmente establecido fue duramente criticado por establecer poderes excesivos y otorgar pocas posibilidades de defensa[66]. Algunas de estas críticas fueron revisadas a partir de la sanción de la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* en vigencia desde agosto de 2000. Actualmente, el fiscal debe demostrar que la probabilidad de que los bienes provengan de un delito es mayor que la probabilidad de que tengan origen legal[67] y quienes defiendan el bien en cuestión deben probar, con el mismo estándar, que son adquirentes a título oneroso y ni supieron, "ni era razonable que supieran"[68], que la propiedad podía ser objeto de decomiso civil.

En cuanto a los terceros adquirentes de buena fe, los recaudos del régimen actual pueden resultar, sin embargo, más onerosos para terceros de buena fe que los fijados por los tribunales durante el régimen anterior. Por ejemplo, los bancos que participaban en transacciones inmobiliarias a través de préstamos eran pacíficamente considerados terceros de buena fe, aun frente a transacciones inusuales en las que inclusive no hubieran cumplido con prácticas de diligencia comercial normales para la industria bancaria[69].

El carácter preventivo[70] del decomiso *in rem*, sin embargo, no lo priva de ciertas garantías constitucionales más típicas del proce-

66 Por ejemplo, impedía que un imputado rebelde en un proceso penal fuera representado en un proceso de decomiso civil a través de representantes, lo que fue revocado por la Suprema Corte en 1996. Cf. "Degen v. United States", 517 U.S. 820 (1996).

67 El estándar requerido es el de *preponderande of the evidence* (preponderancia de la evidencia). Antes de 2000, el Gobierno sólo debía probar que "era probable" que los bienes provinieran de un delito para que la carga de probar lo contrario fuera trasladada al demandado, si es que alguien se presentaba a defender su derecho sobre los bienes. La *Civil Asset Forfeiture Reform Act* del 2000 agravó el estándar probatorio requerido para el gobierno.

68 "*(3) (A) With respect to a property interest acquired after the conduct giving rise to the forfeiture has taken place, the term 'innocent owner' means a person who, at the time that person acquired the interest in the property-(i) was a bona fide purchaser or seller for value (including a purchaser or seller of goods or services for value); and (ii) did not know and was reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture*", Title 18, Part I, Chapter 46, párr. 983, General Rules For Civil Forfeiture Procedings.

69 Cf. "US v. One Single Family Residence located at 6960 Miraflores Ave., 731 F. Suppl. 1563", SD-FL 1990.

70 Desde 1974, la corte estadounidense afirma el decomiso civil en la responsabilidad ciudadana de extremar los recaudos para evitar la circulación de bienes malhabidos. Cf. "Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.", 416 US 663.

so penal que del proceso civil, como la protección contra los allanamientos y secuestros irrazonables garantizados por la cuarta enmienda[71], la prohibición de auto-incriminación coactiva prevista en la quinta enmienda[72] o la protección contra las multas excesivas (principio de proporcionalidad)[73].

Sin embargo, el intento de decomiso penal no precluye la posibilidad del decomiso civil. La Corte Suprema estadounidense consideró que el decomiso civil, cuando el decomiso penal devino inviable, no afecta el principio de prohibición de persecución penal múltiple[74].

IV. 2. El Reino Unido

El Reino Unido estableció un sistema de decomiso civil, paralelo a los regímenes de decomiso penal, cuyas características hemos visto a través de la jurisprudencia del TEDH en los apartados anteriores.

La *Proceeds of Crime Act* de 2002 creó una "Agencia de Recuperación de Activos" –*Asset Recovery Agency*– con la finalidad de identificar bienes cuyos propietarios no aparezcan con ingresos legítimos suficientes para haberlos adquirido. La Sección V de esta ley otorgó al director de esta agencia el poder de iniciar procedimientos *in rem* ante la *High Court, contra aquellos bienes* sospechados de provenir de actividades ilícitas.

El director de la agencia debe establecer que la probabilidad de que los bienes en cuestión tengan origen ilegal es más alta que la posibilidad contraria. Para ello, no es esencial que demuestre con precisión la conducta ilegal que originó los bienes en cuestión. Es suficiente con que reúna evidencias sobre el "tipo" de delitos de los que se sospecha que es producto el bien en cuestión –e. g. narcotráfico, fraudes, etcétera–, lo que requiere reunir y armar un cuadro probatorio bastante más complejo que la simple afirmación de que el propietario no tiene ingresos legales que justifiquen su estilo de vida.

71 Cf. "One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania", 380 US 693, 1965.

72 Cf. "US v. Ward 448", US 242, 1980.

73 "Austin v. US", 113 S.Ct. 2801, 1993.

74 "Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing ff Terrorism", United States of America, 23 de junio de 2006, Financial Action Task Force, p. 46.

La *High Court* está legalmente autorizada a realizar inferencias –e. g. a partir de conductas delictivas anteriores del propietario del bien– y a utilizar la falta de una explicación plausible sobre el origen del bien en su determinación para ordenar el decomiso[75].

En 2004, la *High Court* de Irlanda del Norte convalidó el carácter preventivo de este sistema en "Walsh v. Asset Recovery Agency (ARA)". Walsh había sido absuelto en un proceso penal por fraude; sin embargo, la agencia de recuperación de activos había obtenido el decomiso civil de algunos de sus bienes. Walsh estaba cumpliendo una condena de seis años por robo a mano armada y anteriormente había sido perseguido (y absuelto) por fraudes hipotecarios. Se presentaba como vendedor de autos independiente, a pesar de que no había evidencia al respecto. Pese a que la agencia de recuperación de activos no logró acreditar que los bienes decomisados habían sido originados en alguna conducta específica, la sentencia fue convalidada sobre la base de que la finalidad del procedimiento era simplemente recobrar la propiedad y no condenar o castigar a ninguna persona por haber infringido prohibiciones penales. El procedimiento fue definido como "esencialmente de naturaleza preventiva porque busca reducir la criminalidad sacando de circulación los bienes que pueden ser mostrados como provenientes de actividades ilícitas; por lo tanto, disminuye la eficiencia productiva de tales actividades y vuelve menos atractiva la 'intocable' imagen de quienes recurren a estas actividades con el propósito de acumular riqueza y estatus social"[76].

En 2006, el mismo Tribunal debió responder a la pregunta sobre si el procedimiento equivalía a la aplicación de una pena. Luego de describir detalladamente el procedimiento, la Corte afirmó:

"Nada de lo que el director de la Agencia está facultado u obligado a hacer puede ser realizado por ningún miembro de las fuerzas policiales (…) No hay ninguna sección en esta parte de la ley que establezca la persecución penal de ninguna persona o que otorgue poder al director de la Agencia para iniciar acciones penales. De ello se sigue que nadie puede ser condenado o sentenciado a prisión o al pago de una multa bajo las normas de esta parte de la ley. Si la Corte, con un estándar de prueba civil, está satisfecha con que los bienes

[75] Bacarese, Alan, "Asset Recovery in the United Kingdom", en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Berna, p. 153.

[76] Cit. en Bacarese, cit., ps. 160-161.

fueron obtenidos a través de una conducta delictiva, debe dictar, con sujeción a las garantías antes descriptas, una orden para recobrar la propiedad, no para perseguir a un individuo. Si los bienes fueron obtenidos a través de una conducta delictiva, creemos que el interés público requiere recobrar los bienes para el beneficio común. El apelante no ha llamado nuestra atención hacia ninguna regla de esta Parte de la ley que parezca injusta y nosotros tampoco pudimos encontrar alguna. Ninguna de las restantes Partes de esta ley tiene efectos sobre esta Parte (…) Ninguna de las normas de la Parte V de la ley impone una pena, ni civil ni penal. Por estas razones (…) se desestima la apelación"[77].

El procedimiento de decomiso civil inglés ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH revisada en este capítulo, especialmente los principios sentados en "Welch v. Reino Unido" en relación con los criterios para determinar cuándo el decomiso es una pena. En efecto, el decomiso civil está regulado como una deuda del individuo con la Corte, o con la agencia de recuperación de activos[78] y, aunque está rodeado de ciertos incentivos para ejecutarla, ninguno de ellos vincula la deuda con la noción de "culpabilidad" del autor. Tampoco la deuda es sustituible por una pena de prisión en caso de incumplimiento. Si bien es cierto que los jueces están obligados a aplicar el sistema de presunciones cuando hay suficiente evidencia de que el titular de los bienes "hace del delito su estilo de vida"[79], también lo

[77] Cf. "Belton v. the Director of the Assets Recovery Agency", Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte, sentencia del 27 de enero de 2006, párrs. 15 y 17.

[78] En casos más complejos, como los que involucran bienes fuera de la jurisdicción o bienes a nombre de vehículos corporativos, el Fiscal puede requerir a la Corte que nombre un administrador hasta que los bienes se liquiden. Cf. Bacarese, cit., p. 155.

[79] En la Sección 75 de la Proceeds Act de 2002 se define el estilo de vida delictivo por las siguientes condiciones: *"(2) The condition is that the offence (or any of the offences) concerned satisfies any of these tests –(a) it is specified in Schedule 2; (b) it constitutes conduct forming part of a course of criminal activity; (c) it is an offence committed over a period of at least six months and the defendant has benefited from the conduct which constitutes the offence. (3) Conduct forms part of a course of criminal activity if the defendant has benefited from the conduct and– (a) in the proceedings in which he was convicted he was convicted of three or more other offences, each of three or more of them constituting conduct from which he has benefited, or (b) in the period of six years ending with the day when those proceedings were started (or, if there is more than one such day, the earliest day) he was convicted on at least two separate occasions of an offence constituting conduct*

es que el Tribunal es libre de decidir cuándo su aplicación podría aparejar un "riesgo de injusticia".

IV. 3. Colombia

La Constitución Política de Colombia dispone: "No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social". El precepto ha sido regulado a través de la extinción de dominio establecida en la ley 793/2002[80], definida como la pérdida del dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

La acción opera cuando se produce la adquisición o el uso de los bienes en contradicción al ordenamiento jurídico, lo que afecta la función social que debe tener el derecho de propiedad privada según la Constitución. La acción carece de función punitiva pues se limita a declarar la ilegitimidad del título de propiedad. La Corte Constitucional colombiana la ha considerado "una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado"[81]. En consecuencia no resultan aplicables las garantías constitucionales propias del derecho penal[82] –por ejemplo, no puede ser alegada la garantía de

---

from which he has benefited. (4) But an offence does not satisfy the test in subsection (2)(b) or (c) unless the defendant obtains relevant benefit of not less than £5000".

80 La ley rige desde el 27 de diciembre de 2002. Esta ley tiene su origen en el decreto 1975 del 3 de septiembre del 2002, por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción del dominio. La aplicación de la ley 333 desde 1996 estuvo centrada en la extinción de dominio de los bienes por hechos vinculados con el narcotráfico. Cf. Reyes Posada, Alejandro y Duica Amaya, Liliana, "La extinción de dominio de los bienes rurales en Colombia", informe del Centro de Estudios y Observatorio de Drogas Ilícitas y Delito de la Universidad de Rosario, Bogotá, 2007; y Espitia Garzón, F., *La extinción del derecho de dominio,* Gustavo Ibáñez, Medellín, 2003.

81 Cf. Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

82 Cf. Corte Constitucional, sentencia C-1096-03.

irretroactividad de la ley[83]–. La extinción de dominio no es una "confiscación de bienes" sino un decomiso que, de acuerdo con la Constitución, sólo puede ser ordenado judicialmente[84].

La acción procede:

"1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.

2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.

3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito[85].

4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.

5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermedia-

[83] La Corte Constitucional ha justificado la aplicación retroactiva de la ley de extinción del dominio, cf. sentencia C-740-03.

[84] "La declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción", Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

[85] Este supuesto ha sido criticado porque no está previsto expresamente en la Constitución Política. Ante estas objeciones, la Corte Constitucional sostuvo que "Frente a esta causal podría argumentarse, como lo hace el Procurador General de la Nación, que se trata de una disposición inexequible en cuanto amplía la procedencia de la extinción de dominio a supuestos no previstos por el constituyente. No obstante, lo que hace la citada expresión es dar lugar a la extinción de dominio pero no con base en el art. 34 de la Carta sino con base en el incumplimiento de la función social y ecológica que a la propiedad le impone el art. 58", Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

rios que actúen en ellas cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso"[86].

El artículo 3 prevé la sustitución por bienes de valor equivalente[87] frente a casos, por ejemplo, de destrucción, consumo, desaparición o transferencia a terceros de buena fe[88].

La acción de extinción de dominio no puede perjudicar a los terceros de buena fe exentos de culpa[89]. Al tercero le es exigible una buena fe calificada, por la cual debe actuar con lealtad y rectitud, y realizar las conductas necesarias para verificar con certeza que la persona que le transmite los derechos sobre el bien en cuestión es el propietario[90].

La Corte Constitucional consideró que la acción respeta el debido proceso[91] y que no establece una inversión de la carga probatoria a favor del Estado. El Estado debe acreditar la existencia de una causal que haga procedente la acción, quedando el afectado en la posibilidad de controvertir los argumentos esgrimidos. Para justificar tal tesitura se afirmó que el particular está en mejores condiciones para fundar la legitimidad del título sobre el bien –teoría de la

86 Ley 793, art. 2.

87 "Debe tenerse en cuenta que, quien adquiere un bien con el producto de una actividad ilícita, intentará deshacerse de él enajenándolo o permutándolo, por cuya transacción recibirá un bien o recurso equivalente. En tales casos, aunque el bien salió de su dominio, lo recibido por dicha transacción puede ser objeto de extinción de dominio, dado que ningún amparo constitucional puede tener el provecho o ventaja obtenido de una actividad dolosa", Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

88 Estos supuestos fueron alegados por el Estado en la sentencia de la Corte Constitucional C-1065/03.

89 Ley 793, art. 3.

90 La cuestión ha sido analizada por la Corte Constitucional y se determinó que los elementos para que esté presente la buena fe calificada son: "a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes (…) b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legitimo dueño", sentencia C-1096/03.

91 Ley 793, art. 8, y cf. sentencia C-1065/03 de la Corte Constitucional.

carga de la prueba dinámica–[92]. Lo que debe tenerse en cuenta es que el objeto de discusión se ciñe a las causales de procedencia de la extinción de dominio y no a la comisión de las actividades ilícitas.

El procedimiento es posible aun en rebeldía del afectado, quien será representado por un curador *ad litem*.

La aplicación de esta ley incrementó el número de sentencias de extinción de dominio. En el período de 1996 a 2002 hubo 44 sentencias; en cambio, entre 2003 y 2004 hubo 264[93]. Aparentemente, el aumento no ha sido acompañado con un sistema eficiente para administrar y distribuir los beneficios derivados de los bienes extinguidos[94].

V. Decomiso de bienes en poder de terceros

El auge del decomiso del producto del delito trajo como consecuencia la sofisticación de las técnicas de lavado de activos. El aumento del uso de terceros para estos fines –sean personas físicas en la forma de testaferros o personas jurídicas en la forma de vehículos corporativos registrados *offshore* cuya propiedad es difícil de acreditar– ha llevado a afirmar que "probablemente, el tema más complicado en este área, es cómo evitar que el imputado evada el decomiso a través del uso de terceros y, al mismo tiempo, proteger adecuadamente los derechos de los terceros de buena fe"[95].

Reconociendo el auge de esta problemática, el Consejo de Europa, en la ya comentada Decisión Marco 2005-212, recomienda a los Estados miembros:

"Estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica".

92 Corte Constitucional, sentencia C-740/03 y sentencia C-1096/03.

93 Cf. informe "La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia", cit., p. 26.

94 Ver el informe "La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia", cit., p. 31.

95 Pieth, "Seizure and Confiscation", cit., p. 262.

Pero cualquier regulación al respecto debe, como lo indican todos los estándares internacionales, respetar los derechos de los terceros de buena fe. Al regular el decomiso, el artículo 31 de la UNCAC establece: "Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe"[96].

Los países difieren en la forma de resolver esta tensión.

Algunos países recurrieron a la teoría del "control" para permitir el decomiso de bienes "bajo el control" del imputado[97], aun cuando estén en poder de terceros[98], si la acusación puede probar o bien que el tercero conocía o debió conocer el origen del bien o bien que el tercero fue negligente al momento de su adquisición[99].

Algunos países admiten excepciones al derecho de los terceros de buena fe y permiten el decomiso de bienes que han sido transferidos en forma gratuita –regalados, herencias– o sin una remuneración adecuada. El fundamento de esta regla es que los intereses de la política de decomisar el producto del delito superan los de proteger a quienes recibieron los bienes gratuitamente.

Siguiendo el mismo razonamiento, algunos países admiten el decomiso de bienes que benefician a una persona jurídica desvinculada de los procedimientos penales. En verdad, este procedimiento tiende a evitar la utilización de vehículos corporativos para ocultar bienes de origen ilícito.

El TEDH admitió, en muchas oportunidades, la compatibilidad del decomiso *de bienes en poder de terceros, bajo procedimientos civiles, limitando la protección de los terceros con* las garantías de los derechos civiles en general y de la propiedad privada en particular. Esto incluye el derecho a ser informado sobre cómo recurrir las decisiones que afectan a los derechos; el derecho a intervenir en el procedimiento, aunque la medida en cuestión esté siendo

96 Téngase en cuenta que el Preámbulo de la UNCAC hace referencia a la protección del derecho de la propiedad, cuando reconoce "los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad".

97 Es el caso, entre otros, de Francia, Japón o el Reino Unido. Cf. Pieth, "Seizure and Confiscation", cit., p. 262.

98 Está opción está disponible en sistemas con tradiciones jurídicas tan diferentes como México, Australia, Finlandia y Dinamarca. Cf. Pieth, "Seizure and Confiscation", cit., p. 262.

99 Es el caso, por ejemplo, de Bélgica, Dinamarca, Holanda, Noruega, entre otros. Cf. Pieth, "Seizure and Confiscation", cit., p. 262.

o haya sido tomada; el derecho a ser oído ante el tribunal que tomará o ha tomado la decisión, y el derecho a ser representado legalmente[100].

VI. Sustitución de bienes: el decomiso "de valor equivalente"

Para evitar algunos de los problemas asociados al decomiso en poder de terceros, prácticamente todos los países admiten el decomiso "basado en el valor" o sustitutivo. A diferencia del decomiso "objetivo", que constituye una transferencia de la propiedad de origen ilícito al Estado, el decomiso "del valor equivalente" consiste en una obligación de pagar determinada cantidad de dinero al Estado por parte de quien se enriqueció ilícitamente. La orden se dirige a la persona condenada por el delito, es decir, que el modelo opera *in personam*.

La principal característica de este modelo es que los bienes no mantienen una "relación física" con el delito, lo que permite decomisar bienes que no estén conectados de ningún modo con el delito en cuestión, es decir, sin importar el modo en el cual esos bienes hayan sido adquiridos. En otras palabras, este modelo permite el decomiso de bienes obtenidos lícitamente. La principal ventaja en relación con el modelo objetivo es que el decomiso basado en el valor no requiere rastrear los activos obtenidos mediante la comisión del delito, sino únicamente determinar su valor. Una vez determinado, el decomiso procede contra cualquier activo disponible perteneciente a la persona condenada.

Por otra parte, dado que el decomiso basado en el valor sólo opera contra la propiedad perteneciente a la persona condenada, no existen riesgos de afectar derechos adquiridos por terceros de buena fe. La obvia desventaja del sistema deviene de la posible insolvencia del condenado, de la transferencia a personas físicas a quienes no pueda imputarse un tipo de lavado de activos, o la transferencia a personas jurídicas en sistemas que no prevén su responsabilidad penal, ni la resuelven para el caso específico del decomiso.

En la práctica, el decomiso basado en el valor opera como una pena de multa. Sin embargo, no deben perderse de vista sus diferencias conceptuales: mientras que el monto de la multa se relacio-

[100] Ver la sentencia del Tribunal Europeo en los casos "Agosi vs. United Kingdom", 24 de octubre de 1986, nº 9118/80, y "Air Canada vs. United Kingdom", 5 de mayo de 1995, nº 18465/91.

na con la gravedad del hecho y con la conducta de la persona condenada, el monto del decomiso del producto del delito se determina en función de las ganancias producidas por el delito.

A favor del decomiso sustitutivo también se ha afirmado que un modelo de decomiso puramente objetivo podría llevar a consecuencias injustas, dado que los bienes que han sido consumidos al momento en que se emite la orden de decomiso, o los bienes que no pueden ser rastreados, escaparán al decomiso independientemente que se haya identificado al autor del delito. Como señaló gráficamente la Corte Suprema estadounidense, "un gánster que despilfarra sus ganancias en mujeres y vino se ha beneficiado del delito del mismo modo que aquel que puso sus ganancias en una cuenta bancaria"[101].

El decomiso sustitutivo podría violentar el principio de prohibición de múltiple persecución por el mismo hecho de una persona condenada por lavado de activos y, luego, por el delito precedente, o en caso de que hubiera existido una reparación civil previa o extrajudicial a las víctimas. Algunas legislaciones obligan a sus tribunales, al determinar el monto a decomisar, a establecer si existieron erogaciones previas vinculadas[102].

Las convenciones internacionales receptan ambos modelos indistintamente[103], dejando al legislador doméstico la decisión sobre si implementar uno o ambos modelos, y en el último caso, si permitir su aplicación alternativa o subsidiaria.

101 "US v. Ginsgerg", 773 F. 2d, 789, 802 (7th Cir. 1985).

102 Cf. Stessens, cit., p. 80.

103 En el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas se dispone: "1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del art. 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto". En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se prevé en el art. 12: "1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto". Por su parte, en el art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establece: "1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto".

La mayoría de los países, tanto de tradición continental como de tradición anglosajona permiten ambos sistemas[104], aunque el decomiso basado en el valor es una alternativa subsidiaria, que opera únicamente cuando el producto del delito no puede ser rastreado. Por ello, el decomiso basado en el valor es también llamado "decomiso sustitutivo". En la práctica, el decomiso basado en el valor opera a la par del decomiso objetivo[105] en muchos países, incluyendo los Estados Unidos donde las excepciones que permiten la sustitución son tantas[106] que usualmente se ejecuta contra los bienes que el fiscal logre inmovilizar.

VII. El "producto" de los delitos de corrupción

El artículo 2.e de la UNCAC define el producto del delito como "los bienes[107] de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito" y el artículo 31 de la UNCAC fija ciertos parámetros mínimos para determinarlo.

Por una parte, cubre los casos en los que el producto original se convierte o transforma, total o parcialmente, en otros bienes. Por otra, cubre los casos en los que el producto se entremezcla con otros bienes adquiridos de fuentes lícitas, obligando a los Estados Parte a decomisar "hasta el valor estimado del producto entremezclado".

Finalmente, también prevé el decomiso del "producto secundario", es decir, de cualquier ganancia derivada del producto del delito. Al respecto establece que el decomiso debe recaer sobre "los

104 Son notables las excepciones de España y México, que no admiten la sustitución. Cf. Pieth, "Seizure and Confiscation", cit., ps. 257. En el Reino Unido y en Holanda, en cambio, el decomiso basado en el valor es la regla si el imputado dispone de bienes para que sea realizado, Cf. Stessens, cit, p. 35.

105 Stessens, cit, p. 35.

106 La sustitución es permitida cuando el producto del delito no pueda ser localizado, haya sido transferido o vendido a un tercero, haya sido transferido fuera de la jurisdicción del tribunal, haya disminuido sustancialmente su valor, o se haya entremezclado con otra propiedad de la cual no pueda ser separada sin dificultades, el decomiso procede contra cualquier bien, sin importar su relación con el delito. Cf. título 18 del United State Code, a partir de la sección 982.

107 Los bienes son definidos, en el art. 2.d, como "los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos".

ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito", cubriendo también los casos en los cuales tales beneficios se han transformado, convertido o entremezclado con otros bienes. Ello incluye cualquier apreciación, interés, renta o beneficio derivado de cualquier inversión realizada con el producto del delito.

Como se explicó antes, el decomiso del producto del delito fue reintroducido a fines de los 80 para reducir el narcotráfico y posteriormente ampliado a otros mercados ilícitos incluidos en el concepto de criminalidad organizada. En estos mercados, todas las transacciones son ilícitas porque se refieren a los bienes o servicios que están fuera del comercio legítimo –estupefacientes, órganos humanos, trata de personas, migración ilegal, armas, etcétera–. Ningún contrato es ejecutable y el objetivo político criminal de decomisar el producto relacionado con estos delitos es, precisamente, reducir estos mercados ilícitos.

Los delitos de corrupción merecen en cambio un análisis diferente.

En términos generales, el producto de los delitos de corrupción puede provenir de dos fuentes: de las arcas públicas –fraudes contra la administración pública, malversaciones de caudales públicos, algunos casos de negociaciones incompatibles– o del sector privado –exacciones ilegales, cohechos, tráficos de influencia–. En el primer caso, el producto del delito usualmente equivale al dinero desviado del tesoro público y su determinación no ofrece mayores inconvenientes.

En los casos de cohecho, en cambio, el producto incluye tanto las ventajas económicas recibidas por el servidor público –el soborno o la dádiva– como las ventajas económicas obtenidas a cambio del pago del soborno.

El caso del soborno no ofrece ninguna dificultad. En cambio, los beneficios obtenidos a raíz del soborno –el contrato, la licencia, la obra, la autorización, la ley, la sentencia, la resolución o lo que fuera que diera motivo al pago del soborno– requieren de mayor análisis.

Algunas legislaciones han establecido el decomiso de las ventajas (netas) económicas obtenidas, sólo si se comprueba que el soborno fue el factor determinante para la conclusión del contrato[108].

108 Cf. "Alemania", Fase 1, p. 9, disponible en *www.oecd.org/dataoecd/14/1/2386529.pdf* (20/4/2008); para Suiza, "Evaluación de Suiza sobre la implementación de la Convención contra el Soborno Transnacional de la OECD", Fase 1, febrero de 2000, p. 10, en *www.oecd.org/dataoecd/16/45/2390117.pdf* (20/4/2008).

Otras legislaciones, en cambio, han incluido fórmulas amplias que tienden a permitir cierta discreción de los tribunales en la determinación del monto a decomisar[109].

En muchos casos, probar en juicio qué es exactamente lo que se ha comprado con el soborno no es materia sencilla. Un cohecho puede comprar desde la posibilidad de participar en una licitación hasta un monopolio de por vida, pasando por admitir bienes o servicios sobrevaluados, consentir la falta de controles sobre la calidad de los bienes o servicios o permitir el crecimiento de un grupo económico a expensas de sus competidores.

Sin embargo, como señala Pieth, requerir una relación causal entre el soborno y el otorgamiento del contrato es probablemente la mejor forma de otorgar cierta previsibilidad sobre las reglas aplicables y de evitar que la incertidumbre incida en el cálculo de riesgos de expropiación y repercuta en la confianza de los inversores[110].

Aun asumiendo que la evidencia del caso permita al juez establecer una relación de causalidad entre el soborno y el contrato o la ventaja de la que se trate, determinar el "beneficio económico" obtenido al momento de sentenciar el decomiso puede ser extremadamente difícil.

Cuando se trata de mercados ilícitos, como los estupefacientes o el tráfico de órganos, la mayoría de las legislaciones admite el decomiso de las ganancias brutas porque el fundamento del decomiso es, precisamente, desarticular las organizaciones que lucran con esos bienes o servicios. Cuando se trata de evaluar las ventajas obtenidas a raíz de un contrato que, si no fuera por el soborno, sería lícito, parece claro que el análisis debe variar. Para comenzar, no pareciera haber buenas razones para que los costos no puedan ser deducidos.

Por otra parte, cuando se trata de concesiones, licencias o contratos de explotación a largo plazo, las ventajas económicas pueden

[109] La ley Noruega ha incluido en su legislación interna la misma redacción que el comentario oficial de la Convención OECD, ordenando el decomiso de las "ganancias u otros beneficios del sobornador derivados de la transacción, u otras ventajas impropias obtenidas o retenidas a través del soborno". Cfr, "Evaluación de Noruega", Fase 1, p. 15, disponible en *www.oecd.org/dataoecd/15/35/2389183.pdf* (20/4/2008). La jurisprudencia francesa ha admitido el decomiso del precio del contrato obtenido por medio del soborno, cf. "Evaluación de Francia", Fase 1, p. 16, disponible en *www.oecd.org/dataoecd/24/50/2076560.pdf* (20/4/2008).

[110] Pieth, "Seizure and Confiscation", cit., p. 260.

no conocerse al momento de determinar el decomiso. En estos casos, los precios de mercado pueden ayudar al juez a realizar la estimación.

Como en la mayoría de las legislaciones el decomiso del "producto del soborno" es discrecional, la experiencia en la materia es, aun en los países de la OCDE, muy pobre: los fiscales están en general poco acostumbrados a requerir el decomiso en los casos de corrupción, y cuando lo están, enfrentan serias dificultades para probar y discutir los beneficios obtenidos[111].

Una explicación plausible de estos resultados es la tendencia de los países de tradición continental de dejar estas determinaciones para el derecho civil y administrativo[112].

111 Ídem, p. 263.

112 Ver, por ejemplo, el art. 8 de la Civil Law Convention on Corruption del Consejo de Europa, ETS 174, del 4 de noviembre de 1999: "Cada Parte deberá proveer en su derecho interno la posibilidad de que aquellos cuyo consentimiento haya sido viciado por un acto de corrupción puedan recurrir a un Tribunal para reclamar la anulación del contrato". Más enérgicamente, el Decreto 1023-01 del Poder Ejecutivo argentino, estableció la "rescisión de pleno derecho del contrato" en el que hubiera habido dádivas, cohechos u otras formas de corrupción.

Segunda Parte

Estándares internacionales para la recuperación de activos

Capítulo 4

Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública

Guillermo Jorge

I. Introducción

El producto de los delitos de la "gran corrupción"[1] invariablemente ha sido transferido a través del sistema bancario. Las fuentes disponibles coinciden en describir el siguiente esquema[2]. Cuando se trata de empresas multinacionales que pagan sobornos a funcionarios públicos para obtener negocios, algunos miembros de la alta gerencia de la empresa crean una "caja negra" con fondos no incluidos en los libros contables de la empresa. La creación de la "caja negra" puede incluir desde burdas transferencias sin justificación hasta creativos esquemas de fraudes en los precios de transferencia del grupo[3]. Los fondos son depositados en una cuenta a nombre de

[1] El concepto de "gran corrupción" remite al uso del poder público para beneficio privado por parte de funcionarios de alto rango. Ver Moody Stuart, G., Grand Corruption, World View Publishing, 1997, p. 2.

[2] El Grupo de Trabajo de la OCDE contra el Soborno Transnacional realizó varias audiencias públicas con fiscales europeos, abogados y empresarios que coincidieron al respecto. Las opiniones fueron compiladas en Pieth, M. y Aiolfi, G., "The Money Management of Corruption", sin publicar, en poder del autor, 2000. Por su parte, el Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado de Estados Unidos produjo dos informes con el estudio de trece casos cuyo análisis da cuenta de la utilización del sistema bancario para transferir el producto en casos de gran corrupción. Cf. "Minority Staff Report for Permanent Subcommittee on Investigations Hearing on Private Banking and Money Laundering: A Case Study of Opportunities And Vulnerabilities", 9 de noviembre de 1999, en *www.senate. gov/~levin/issues/psireport2.htm* (20/4/2008), y "Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of The Patriot Act. Case Study Involving Riggs Bank", 15 de julio de 2004, en *levin.senate.gov/newsroom/supporting/ 2004/ 071504psireport.pdf* (20/4/2008).

[3] Los precios de transferencia son los precios que pactan dos empresas que pertenecen a un mismo grupo empresarial o a una misma persona. Como los precios de transferencia usualmente no siguen los precios de mercado, existen regulaciones que buscan evitar que empresas vinculadas o relacionadas (casa matriz y filiales, por ejemplo) manipulen los precios bajo los cuales intercambian bienes o servicios, de forma tal que aumenten sus costos o deducciones, o

un vehículo *offshore* desde la cual se transfieren a una cuenta a nombre de algún intermediario designado por el funcionario. Las cuentas son siempre establecidas en países distintos a los de la empresa y del funcionario respectivamente[4]. Para realizar los pagos, generalmente se interponen intermediarios que cumplen la función de distanciar los extremos de la transacción y, en lo posible, simulan prestar servicios comerciales creíbles. Cuando se trata de fraudes al erario público, usualmente se trata de la apropiación de partidas de gastos reservados, partidas no ejecutadas de proyectos especiales o de préstamos de instituciones financieras internacionales.

En ambos casos, se utilizan métodos similares que para blanquear el producto de otros delitos y la misma infraestructura que para defraudar al fisco. Éstos pueden incluir desde una combinación de servicios *offshore* como los descritos en el capítulo 2 hasta esquemas más riesgosos como el transporte físico de grandes sumas de dinero extraídas de un banco y depositadas en otro, de modo de "cortar" la ruta del dinero e impedir su rastreo. La reincorporación del dinero "blanqueado", cuando ocurre, incluye, entre otros métodos conocidos, los "préstamos con garantía de depósitos" (*back to back loans*), la creación de empresas que simulan ganancias y las justifican con facturas falsificadas, la participación accionaria en emprendimientos rentables o el éxito en inversiones financieras complejas cuya documentación se fabrica al efecto[5].

Tomando en cuenta esas modalidades, el artículo 52 de la UNCAC provee herramientas para detectar transacciones sospechosas de canalizar el producto de la corrupción tanto en su lugar de origen como en el país de destino, como en cualquier jurisdicción a través de la cual esas transferencias hayan pasado.

Idealmente, las herramientas del artículo 52 deberían servir para impedir que el producto de la corrupción abandone el país de origen, o al menos para permitir que determinadas autoridades del país de origen tomen conocimiento de la transacción y puedan, en coopera-

disminuyan sus ingresos gravables. Las jurisdicciones *offshore* cumplen un rol esencial en los esquemas de precios de transferencia de las compañías multinacionales. Cuando los precios de transferencia son utilizados para ocultar el pago de sobornos, los pagos son difíciles de detectar porque quedan incluidos en el precio del contrato.

[4] Cf. Pieth y Aiolfi, "The Money Management of Corruption", citado.

[5] Ibídem.

ción con las autoridades del país de destino, determinar si están canalizando activos sujetos a decomiso. Si la transferencia no fuera detectada o reportada en el país de origen, las instituciones financieras del país receptor deberían estar en posición de detectarla e inmovilizarla con el fin de iniciar las acciones legales –en el país de origen o en el país receptor– que determinen si son bienes sujetos a decomiso, y la posterior repatriación al país víctima, que no necesariamente coincidirá con el país en el que se origina la transferencia.

En este sentido, si bien la responsabilidad primordial de detectar y sancionar la corrupción recae en el país víctima, el esquema propuesto por la UNCAC distribuye la responsabilidad de detectar los bienes sujetos a decomiso entre todos los Estados que tienen posibilidades de contribuir en la detección, investigación, decomiso y posterior repatriación. Por un lado, porque los autores de delitos de corrupción están muchas veces en posición de impedir que las autoridades locales detengan o interfieran con la transacción. Pero además de ello, porque es posible –sobre todo en casos de soborno transnacional– que la transacción no sea canalizada a través del sistema financiero del país víctima.

Como señala Claman, "a través de su contenido y de su estructura, la UNCAC demanda que la recuperación de activos sea tratada como una obligación central de la Convención y como una responsabilidad colectiva de todos los Estados parte. Con esta noción de responsabilidad compartida, la UNCAC acentuó la necesidad de trabajar en forma urgente en el área de recuperación de activos, tanto en casos individuales como en esfuerzos a más largo plazo para construir capacidades más efectivas para combatir la corrupción internacional en el futuro"[6].

La estrategia adoptada para prevenir y detectar las transferencias del producto de la corrupción consiste fundamentalmente en asignar a las instituciones financieras el rol de detectar tales transacciones e informar las sospechas a las autoridades. La UNCAC se nutre fuertemente de los desarrollos existentes en el área de prevención del lavado de dinero y adopta, y en algunos casos adapta al contexto específico de la corrupción, estándares consensuados previamente en el seno del GAFI, del BCBS, del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre soborno transnacional, e inclusive de la propia industria bancaria a través del Grupo de Wolfsberg. Como en otras áreas,

6 Cf. Claman, Daniel, "The promise and limitations of asset recovery under UNCAC", en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets,* Peter Lang AG, Brena, 2008, ps. 335.

la UNCAC extiende estos estándares a todos los países signatarios que no habían adoptado previamente las recomendaciones de los grupos mencionados.

Mientras el artículo 14 de la UNCAC se encarga de establecer las obligaciones básicas de conocer al cliente, mantener registros de las operaciones y reportar operaciones sospechosas, el artículo 52 establece estándares dirigidos a reducir las prácticas descritas en los párrafos precedentes.

Los estándares se centran en reducir los riesgos en dos segmentos de la industria bancaria identificados como de alto riesgo –la banca privada y la banca corresponsal– y en establecer estándares específicos cuando las instituciones financieras aceptan como clientes a las llamadas personas expuestas políticamente (PEP). Como la UNCAC introduce obligaciones más bien genéricas, en el análisis que sigue introduciremos las recomendaciones del GAFI, del CBSB[7] y las adoptadas por el Grupo de Wolfsberg[8] en relación con estos estándares.

II. Estándares para las relaciones de banca privada

Con el nombre de "banca privada" o "banca premium" se designa el segmento de la industria bancaria que brinda servicios a clientes individuales –personas físicas– que confían elevadas sumas de dinero a la institución[9]. A cambio de tal confianza, el banco ofrece

[7] El Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria es un foro de Bancos Centrales y autoridades de supervisión financiera que se reúne con el objetivo de mejorar la calidad de la supervisión financiera. Está integrado por los supervisores de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, España, Suecia, Suiza, el Reino Unido y Estados Unidos.

[8] El Grupo de Wolfsberg (*www.wolfsberg-principles.com/*) es un asociación de 12 bancos internacionales formada en 2000 que, con el apoyo de Transparencia Internacional y el Basel Institute on Governance, elaboran códigos de conducta para prevenir el abuso de los servicios financieros. Para un análisis sobre el surgimiento de este grupo ver Pieth, M. y Aiolfi, G., "The Privase Sector Becomes Active. The Wolfsberg Process", en *Jornal of Financial Crime,* vol. 10, Nº 4, ps. 359 y ss. También en *www.baselgovernance.org/fileadmin/docs/pdfs/Publications/Wolfsberg_ Process_JFC_offprint.pdf* (20/42008).

[9] Cada institución define el monto mínimo para acceder a los servicios de la "banca privada". En Estados Unidos, en general, el monto ronda u$s 1 millón. La US Patriot Act, Sección 312 (a) (1) 4 (B) define una cuenta de banca privada como "una cuenta (o una combinación de cuentas) que (i) requiere depósitos agregados por un mínimo de u$s 1.000,000, (ii) se establece en nombre de 1 o

un servicio personalizado y especializado en materia financiera, planificación inmobiliaria, fuentes de crédito y gestión de inversiones de sus clientes. La banca privada es un segmento de la industria con un altísimo nivel de especialización[10] y que genera altas tasas de retorno[11].

Existen varios factores que explican por qué este segmento es especialmente vulnerable al lavado de activos. Por un lado, los empleados de "banca privada" tienden a desarrollar relaciones personales con sus clientes, lo cual conspira parcialmente contra su papel de vigilar celosamente el origen de los fondos. Además, usualmente estas relaciones son asimétricas y en muchas ocasiones, sobre todo en países en desarrollo, los clientes tienen poder político para influenciar políticas bancarias de su país.

En segundo lugar, la banca privada es al mismo tiempo el segmento más influenciado por la cultura del secreto que ofrece la industria *offshore*[12] y uno de los segmentos bancarios más competitivos de la industria. El resultado de esta combinación es que la competencia gire en torno de quien brinda más o mejor anonimato.

---

más individuos que son beneficiarios directos o indirectos de la cuenta, y (iii) es asignada o administrada por un funcionario, empleado o agente de una institución financiera que actúa como vínculo entre la institución financiera y el beneficiario directo o indirecto de la cuenta. En América del Sur, algunas instituciones aceptan clientes de banca privada desde depósitos de u$s 500.000.

10 Ver, por ejemplo, la serie de estudios sobre la evolución de los sistemas de "administración de la riqueza" publicados por la consultora Cap Gemini, "Private Banking Systems Survey", disponibles en *www.us.capgemini.com/DownloadLibrary/files/Capgemini_FSI_PrivBankSurv_0306.pdf* (20/4/2008).

11 En 1999, el Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado de Estados Unidos estimó ganancias de hasta el 20 por ciento para este segmento de la industria. Cf. "Minority Staff Report for Permanent Subcommittee on Investigations Hearing on Private Banking and Money Laundering: A Case Study of Opportunities and Vulnerabilities", 9 de noviembre de 1999, en *www.senate.gov/~levin/issues/psireport2.htm,* 20/4/2008).

12 La competencia incluye servicios como el anonimato del cliente *vis a vis* el banquero, la utilización de cuentas compensadoras del banco, la provisión de créditos garantizados con los fondos del cliente, la apertura de múltiples cuentas en diferentes jurisdicciones a nombre de diferentes vehículos corporativos. Ver el capítulo 2 de este libro, y Levi, M., Blum, J., Williams, P. y Naylor, Th., "Financial Havens, Banking Secrecy and money laundering", informe preparado para la Oficina de las Naciones Unidas para el Control de las Drogas y la Prevención del Crimen, 2000, en *www.cf.ac.uk/socsi/whoswho/levi-laundering.pdf* (20/4/2008).

La suma de estos factores –relaciones personales, cultura del secreto, alta competitividad– crea incentivos fuertemente contradictorios para los funcionarios bancarios y en general inclina la balanza en contra del rol que les asignan las regulaciones para prevenir el lavado de activos.

El riesgo más importante del potencial abuso de estos servicios es que las autoridades no puedan determinar la identidad del titular de los bienes. El "cliente", al cual la institución financiera está obligada a conocer por la regla, rara vez coincide con el verdadero beneficiario de los fondos administrados por la institución. El "cliente" es regularmente un vehículo societario registrado en una jurisdicción *offshore*.

Por ello, el inciso 1 del artículo 52 requiere que los Estados parte exijan a sus instituciones financieras que tomen los recaudos necesarios para establecer la identidad del "último beneficiario de las cuentas de elevado valor".

Los detalles acerca de cómo implementar este estándar deben buscarse en las recomendaciones de los diversos grupos intergubernamentales o privados que han desarrollado políticas al respecto.

II. 1. Recomendaciones del Comité de Basilea para la banca privada

El Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria (CBSB), que desde 2001 ha emitido recomendaciones específicas al respecto, sugiere el seguimiento permanente de las cuentas de alto riesgo, entre las que se encuentran las de banca privada[13]. Para contrarrestar los efectos de "las relaciones personales", recomienda que los clientes y cuentas nuevas sean aprobadas por al menos un funcionario de alta jerarquía de la institución, distinto del director de banca privada[14]. Cuando existan "salvaguardas especiales para proteger internamente la confidencialidad de los clientes de banca privada y sus negocios, los bancos deben asegurar que es posible efectuar un examen y control, por lo menos equivalentes, de esos clientes (por ejemplo, deben estar dispuestos a ser examinados por parte de agentes de verificación de cumplimiento y auditores)"[15].

[13] CBSB, "Debida diligencia con la clientela de los bancos", octubre de 2001, p. 12, en *www.bis.org/publ/bcbs85s.pdf* (20/4/2008).

[14] Ibídem, p. 13.

[15] Ibídem, p. 13.

Con relación a las estructuras que establecen relaciones fiduciarias, se sugiere exigir a las instituciones financieras que comprendan "si el cliente está adoptando el nombre de otro cliente, si está actuando de testaferro, o si obra en nombre de otra persona en calidad de fiduciario, apoderado u otro intermediario"[16]. En relación con los fideicomisos, se exige identificar a los fiduciarios, fideicomitentes/otorgantes y beneficiarios[17]. Específicamente, se recomienda prohibir las cuentas confidenciales numeradas[18].

Respecto a los clientes que no son atendidos personalmente, se recomienda que el banco adopte medidas específicas y adecuadas para reducir los mayores riesgos derivados de esa situación. Entre esas medidas se enumera: la certificación de la documentación presentada, la solicitud de documentos adicionales, el contacto independiente del banco con el cliente, la presentación de referencias de terceros y la solicitud de que se lleve a cabo el primer pago a través de una cuenta a nombre del cliente en otro banco cuyas normas de debida diligencia con los clientes sean similares[19].

Finalmente, se recomienda que "las transacciones importantes que realizan estos clientes sean aprobadas por un director de alto rango", un seguimiento permanente de las transacciones regulares y que "la alta gerencia encargada de las transacciones de banca privada conozca las circunstancias personales de los clientes de alto riesgo del banco y esté alerta ante las fuentes de información de terceros"[20].

II. 2. Los principios del Grupo Wolfsberg para la banca privada

El surgimiento de los estándares de prevención de lavado de activos y de obligaciones para prevenir la utilización de los sistemas financieros para canalizar fondos ilícitos impactó notablemente en los costos de cumplimiento de la industria bancaria.

El impacto no fue, sin embargo, homogéneo en toda la industria. Como las recomendaciones del GAFI y del CBSB son estándares que los legisladores de cada país implementan a través de leyes y

[16] Ibídem, ps. 14 y 15.

[17] Ibídem, p. 15.

[18] Ibídem, p. 14.

[19] Ibídem, p. 18.

[20] Ibídem, p. 20.

regulaciones domésticas, cada país podía impactar a su industria de diferente modo. Para nivelar la competencia global, doce de los bancos que concentran más del 60% del mercado de banca privada suscribieron un código de conducta voluntario que fija estándares para prevenir el lavado de activos en este segmento.

Las "Directrices Globales sobre Prevención de Blanqueo de Capitales para Banca Privada"[21] fueron emitidas en septiembre de 2000 y actualizadas en mayo de 2002. Luego de reconocer que "no son la panacea para combatir el lavado de dinero", Pieth y Aiolfi señalan que "la real fortaleza de las Directrices de Wolfsberg, sin embargo, consiste en que los bancos participantes se comprometieron a aplicar las reglas en todas sus sucursales y filiales, locales y en el exterior, incluyendo las de operaciones en los centros *offshore*. Si asumimos que los miembros del grupo concentran más del 60% del mercado mundial en banca privada, con probablemente el 50% de la participación del mercado en cada jurisdicción *offshore* clave, en términos prácticos estas reglas tienen el gran potencial de convertirse en los principios rectores de toda la industria".

Los estándares son similares a los establecidos por el CBSB. Los miembros del grupo se comprometen a aceptar fondos sólo cuando se haya *establecido razonablemente* que el origen del patrimonio del cliente es legítimo, para lo cual se comprometen a determinar, como mínimo: "a) propósito y razones de la apertura de cuenta; b) actividad esperada en la cuenta; c) origen del patrimonio (descripción de la actividad económica que ha generado el patrimonio); d) patrimonio estimado; e) origen de los fondos (descripción del origen y medios de transferencia de los fondos aceptados para la apertura de cuenta); f) referencias u otras fuentes que corroboren la información de la reputación cuando estén disponibles". También se exige una entrevista personal antes de la apertura de la cuenta.

Los incentivos adversos que generan las relaciones personales entre los oficiales de banca privada y los clientes se mitigan exigiendo que todos los nuevos clientes y las cuentas nuevas "deben ser aprobados por, al menos, otra persona distinta del oficial de banca privada". El grupo se compromete a comprender la estructura de las relaciones societarias de cada cliente para determinar quién es el último beneficiario de los fondos.

[21] Los principios están disponibles en *www.wolfsberg-principles.com/pdf/private-spanish.pdf* (20/4/2008).

Los principios prohíben usar cuentas internas del banco "para dificultar la asociación de la identidad del cliente con sus movimientos de fondos", e imponen el deber de actualizar la información de los clientes en forma periódica por un oficial independiente que verifique la consistencia e integridad de la información.

Los principios introducen indicadores de riesgo en cuya presencia se requiere una diligencia adicional. Los indicadores son: a) personas que residen en, o tienen fondos provenientes de países identificados por fuentes autorizadas como poseedores de estándares de prevención de blanqueo de capitales inadecuados o que suponen un alto riesgo de crímenes y corrupción; b) clientes que operan en negocios o sectores susceptibles de ser utilizados por el blanqueo de capitales; y c) "personas expuestas políticamente", así como sus familiares y personas cercanas. De acuerdo con el Principio 2.3, las relaciones con PEP requieren siempre la autorización de un nivel superior.

Finalmente, los miembros del grupo se comprometen a establecer una política escrita para identificar y analizar las operaciones sospechosas o inusuales. Cuando no haya una explicación plausible para la operación, el banco podrá optar por continuar la relación incrementando el control, cancelar la relación contractual o comunicar la relación contractual a las autoridades. Tomando en consideración que más de cien países han vinculado a sus UIF a través del Grupo Egmont, el compromiso debería incrementar fuertemente los casos de detección de transacciones que canalicen fondos de la corrupción pública.

III. Estándares sobre relaciones corresponsales

III. 1. Concepto y riesgos asociados a la banca corresponsal

Con el nombre de servicios de corresponsalía o "banca de corresponsales" se designan los servicios bancarios prestados por un banco a otro banco. Básicamente, una institución financiera provee una cuenta de pasivos y todos sus servicios relacionados, a otro banco.

Se trata de un segmento fundamental de la industria bancaria porque permite a los bancos realizar negocios y proveer servicios para sus clientes en países en los cuales no tienen presencia física. Al abrir una cuenta corresponsal, el banco cliente puede recibir muchos servicios sin el costo ni los controles asociados con tramitar una licencia o una autorización para funcionar como banco en la jurisdicción correspondiente. Algunos bancos internacionales funcionan como corresponsales de miles de otros bancos, generalmente locales y pequeños.

La banca corresponsal provee tanto servicios de administración de dinero en efectivo –como el pago de intereses, cuentas corrientes en diferentes monedas, transferencias internacionales de fondos, *clearing* de cheques, *payable through accounts*[22] y servicios de cambio de monedas– como productos de inversión –certificados de plazo fijo, cuentas de acciones, etcétera–. Algunos servicios de corresponsalía ofrecen inclusive *software* que le permite a sus instituciones clientes realizar algunas transacciones específicas, como transferencias, y tener acceso instantáneo a sus cuentas. Si el banco cliente ofrece suficientes garantías, el banco corresponsal puede ofrecer también productos que incluyan crédito, como préstamos, giros en descubierto, cartas de crédito, cuentas para procesar tarjetas de crédito, etcétera.

Pero el servicio por excelencia que prestan las cuentas corresponsales es el acceso al sistema de transferencias electrónicas internacionales[23]. Estos sistemas consisten en una serie de comunicaciones electrónicas que ejecutan el débito en la cuenta de quien transfiere y el crédito en la del beneficiario. Usualmente, en estas transacciones hay varias instituciones financieras involucradas. Las relaciones de corresponsalía entre bancos son las que hacen posible los movimientos electrónicos entre jurisdicciones en las cuales no opera la misma institución financiera.

Para las instituciones financieras con licencia para operar únicamente *offshore*, con personas no residentes y con monedas diferentes de la moneda local, los servicios de la banca corresponsal son esenciales. Este tipo de bancos mantienen virtualmente todos los fondos que reciben en cuentas corresponsales. Prácticamente todas las transacciones externas –depósitos, extracciones, *clearing* de cheques, certificados de plazo fijo y transferencias– se realizan a través de cuentas corresponsales. En otras palabras, los bancos cáscara o *shell banks* son completamente dependientes del servicio de cuentas corresponsales.

Hasta hace pocos años, las relaciones de corresponsalía eran extremadamente vulnerables al lavado de activos por varias razones.

22 Son cuentas que permiten a los clientes del "banco-cliente" emitir cheques que se debitan directamente de la cuenta corresponsal.

23 Los principales sistemas de transferencias internacionales de fondos son la Society for Worldwide Internak Financial Telecommunications (SWIFT), el Clearing House Interbank Payments System (CHIPS) y el sistema de transferencias de la reserva federal estadounidense (Fedwire).

En primer lugar, porque en la cultura bancaria, un banco corresponsal trata a su banco cliente más como un par que como un cliente. Se asume que, dado que se trata de un par, estará sometido a regulaciones similares. Por ello, hasta hace poco, un banco corresponsal no se preocupaba por determinar la identidad de los beneficiarios de los activos que fluyen a través de la cuenta corresponsal o el alcance de la autorización de sus bancos cliente para que otros bancos utilicen sus cuentas.

Por otra parte, si el banco corresponsal le cobra a su banco cliente por cada servicio que le presta, no tiene incentivos para evaluar el riesgo derivado de su *management*, de sus finanzas, de su reputación, del ambiente regulatorio en el que desarrolla sus actividades, ni de sus procesos operativos, como sí lo hace en general cuando evalúa servicios de crédito. Como consecuencia de ello, los servicios de transferencias de dinero, *clearing* de cheques y administración de efectivo en la banca corresponsal no estaban hasta hace poco tiempo sometidos a control de debida diligencia.

Una maniobra muy utilizada para lavar dinero a través de cuentas corresponsales es la posibilidad de encadenar relaciones de corresponsalía. Por ejemplo, el banco A (*shell bank*) puede abrir una cuenta corresponsal en el banco B (por ejemplo un banco *offshore* con presencia física), que ya tenía abierta una cuenta corresponsal en el banco C (altamente regulado y con acceso a todos los centros financieros). De este modo, los clientes del banco A pueden tener acceso a los productos del banco C, usualmente sin que C tenga conocimiento –las llamadas "cuentas corresponsales anidadas" (*nested correspondent*)–[24].

III. 2. Los estándares en banca corresponsal

Los riesgos resumidos en el apartado anterior fueron puestos de manifiesto en un informe del Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado de Estados Unidos, en el que se estudió cómo la cultura bancaria y la falta de regulaciones permitía que, por ejemplo, una persona comprara una licencia bancaria en una jurisdic-

[24] En muchos esquemas de corrupción masiva durante la década del 90, se sospecha que testaferros de líderes políticos licencian un *shell bank* por una suma menor a u$s 1.000.000, canalizan desde allí los fondos ilícitos a través de cadenas de corresponsales y, una vez que han sido blanqueados, cierran la institución impidiendo de ese modo cualquier forma de rastreo.

ción *offshore* con bajas regulaciones y, a través de una cadena de cuentas corresponsales, diseminara fondos de origen ilícito en el sistema financiero internacional.

Por tal razón, el inciso 4 del artículo 52 de la UNCAC requiere a los Estados parte que adopten las medidas necesarias para prohibir el establecimiento de *shell banks* en sus jurisdicciones. La implementación de esta obligación no siempre es sencilla pues, como se explicó en el capítulo 2, un banco cáscara usualmente opera desde una jurisdicción sin que las autoridades lo sepan.

Sin embargo, dado que un banco cáscara sólo puede operar a través de servicios de corresponsalía, la implementación de esta obligación se vincula más con requerir a las instituciones financieras que mantengan programas de control de riesgo y debida diligencia de sus relaciones corresponsales, de modo de aislar a los *shell banks* e impedirles que transfieran fondos a instituciones financieras supervisadas. El razonamiento es que si se los aísla, perderán su única razón de ser.

Desde 2001, el CBSB recomienda que los bancos "deberían negarse a establecer o continuar una relación de banca corresponsal con un banco constituido en una jurisdicción en la que no tienen ninguna presencia física y que no esté afiliado a un grupo financiero regulado (es decir, bancos cáscara). Los bancos deben estar especialmente vigilantes cuando mantienen relaciones con bancos representados ubicados en jurisdicciones con normas KYC deficientes o identificadas como 'no dispuestas a cooperar' en la lucha contra el lavado de dinero"[25].

El Grupo Wolfsberg también estableció sus "Principios para la prevención del blanqueo de dinero en banca de corresponsales"[26]. Estos principios siguen un enfoque de debida diligencia "basada en el riesgo". Los indicadores de riesgo adoptados son el domicilio del cliente del banco corresponsal[27]; la propiedad y la estructura de ges-

[25] Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, "Debida diligencia con la clientela de los bancos", octubre de 2001, p. 19, en *www.bis.org/publ/bcbs85s.pdf* (20/4/2008).

[26] Los principios están disponibles en *www.wolfsberg-principles.com/pdf/correspondent-spanish.pdf* (20/4/2008).

[27] "La jurisdicción donde el cliente de banca corresponsal está establecido y/o donde la casa matriz esté localizada puede suponer un mayor riesgo. Ciertas jurisdicciones están internacionalmente reconocidas por tener estándares inade-

tión del cliente del banco corresponsal[28], y los negocios y la base de clientes del cliente del banco corresponsal[29].

La implementación de estas medidas requiere exigir a las instituciones financieras que realicen exámenes de debida diligencia sobre el gerenciamiento, los negocios, la reputación, las regulaciones y los procedimientos de operaciones de sus bancos clientes ("conozca a su banco corresponsal"). Para evitar que cada banco deba reproducir esta información para cada cuenta corresponsal, el Grupo de Wolfsberg está auspiciando un registro global de debida diligencia dentro de la industria[30].

Si esta evaluación arroja dudas acerca del acceso que un *shell bank* pueda tener sobre el banco cliente, la relación comercial debe ser rechazada. En la práctica, los bancos requieren de sus bancos

---

cuados de prevención de blanqueo de dinero, regulación supervisora insuficiente o por presentar mayores riesgos por el crimen, la corrupción o la financiación del terrorismo. Por otro lado, otras jurisdicciones, como los miembros del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), tienen un entorno regulador más robusto que representa menores riesgos. Las instituciones revisarán los pronunciamientos de las agencias reguladores y los órganos internacionales, como el GAFI, para evaluar el grado de riesgo que presenta la jurisdicción en la que el Cliente de Banca Corresponsal está localizado y/o donde su casa matriz tenga la base".

28 "La localización de los propietarios, la forma legal de la sociedad y la transparencia en la estructura de propiedad pueden suponer mayores riesgos. Igualmente, la localización y experiencia en la gestión pueden suponer preocupación adicional. La participación de Personas Políticamente Expuestas (PEP) en la gestión o propiedad de ciertos Clientes de Banca Corresponsal también puede incrementar el riesgo. Las PEP son personas que tienen o han tenido puestos de confianza pública, tales como funcionarios gubernamentales, altos directivos de empresas gubernamentales, políticos, altos funcionarios de partidos políticos, etc., y sus familias y personas allegadas".

29 "El tipo de negocios en los que participa el Cliente de Banca Corresponsal, así como el tipo de mercados a los que sirve, pueden presentar mayores riesgos. La participación en ciertos segmentos de negocios internacionalmente reconocidos por tener una mayor vulnerabilidad al blanqueo de dinero, corrupción o financiación del terrorismo también son preocupantes. Por consiguiente, un Cliente de Banca Corresponsal que reciba una parte sustancial de sus ingresos de negocio por su actividad con Clientes de Alto Riesgo puede suponer mayores riesgos. Los Clientes de Alto Riesgo son aquellos clientes de un Cliente de Banca Corresponsal que pueden estar relacionados en actividades o están conectados con jurisdicciones que están identificadas por fuentes fiables como actividades que son especialmente susceptibles al blanqueo de dinero".

30 Cf. Wolfsberg Group, :International Due Diligence Repository", en *www.wolfsberg-principles.com/diligence.html* (20/4/2008).

clientes copia de la documentación sobre sus procedimientos internos y de las evaluaciones y auditorías a las que estos procedimientos son sometidos.

En el mismo sentido, la Recomendación 7 del GAFI dispone que para establecer una cuenta corresponsal, las instituciones financieras deben:

a) reunir información suficiente sobre el banco cliente de modo tal que le permita comprender cabalmente la naturaleza de sus negocios y determinar, en base a la información de dominio público, cuál es la reputación de la institución y la calidad de su supervisión, incluyendo si ha sido objeto de investigación o intervención de la autoridad de control por lavado de activos o financiamiento del terrorismo;

b) evaluar los controles instalados para lavado de activos y el financiamiento del terrorismo de la institución representada;

c) obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía antes de establecer nuevas relaciones de corresponsalía; y

d) documentar las respectivas responsabilidades de cada institución en cuanto al cumplimiento de los estándares de prevención del lavado de dinero;

e) con respecto a las cuentas de transferencias de pagos en otras plazas tener la convicción de que el banco representado ha verificado la identidad y ha realizado el procedimiento de debida diligencia permanente de los clientes que tienen acceso directo a las cuentas del banco corresponsal y que está en condiciones de suministrar los datos de identificación de un cliente a pedido del banco corresponsal.

IV. Transacciones de "personas expuestas políticamente"

Mientras los estándares de banca privada y banca corresponsal pueden ayudar a detectar transacciones sospechosas de canalizar fondos ilícitos en general, los estándares sobre PEP están claramente dirigidos a prevenir y detectar transacciones vinculadas con hechos de corrupción.

El concepto comenzó a ser discutido en el año 2000, como consecuencia del daño a la reputación que el caso Abacha generaba al sistema financiero suizo[31]. En aquel foro, las PEP fueron definidas

[31] Ver el informe de la Comisión Federal de Bancos Suizos sobre el caso Abacha en el que se recomienda la necesidad de identificar fondos cuyos últimos beneficiarios sean figuras políticas prominentes. Disponible en *www.ebk.admin.*

como "individuos que son o han sido confiados con funciones públicas prominentes, por ejemplo Jefes de Estado o de Gobierno, políticos prominentes, altos funcionarios del gobierno, funcionarios judiciales o militares, altos funcionarios de empresas estatales, importantes funcionarios de partidos políticos. La definición no se dirige a abarcar a individuos de las categorías anteriores que sean de nivel medio o menor. Las relaciones de negocios con miembros de la familia o personas cercanas a PEP puede involucrar riesgos de reputación similares a las relaciones con las propias PEP. La definición incluye a todo vehículo corporativo como los fideicomisos y los vehículos corporativos operados por estos individuos o de los cuales sean beneficiarios".

El objetivo no era, desde luego, prohibir relaciones comerciales con PEP, sino incorporarlos como una categoría generadora de un riesgo considerable que debía ser correctamente administrado. En tal sentido, se establecían los criterios mínimos que se resumen a continuación: 1) tratar de identificar si un cliente es o no una PEP, mediante fuentes públicas; 2) si el cliente es una PEP, tratar de identificar el origen de la propiedad utilizando fuentes verificables de ingresos, las razones plausibles para abrir una cuenta en esa jurisdicción y la recepción esperada de grandes sumas de entes gubernamentales; 3) si no surge ninguna preocupación a raíz de esta investigación y se establece una relación, el banco debería incrementar los procedimientos de debida diligencia sobre ese cliente; 4) si el proceso de monitoreo hace surgir alguna preocupación, debería ser inmediatamente informada a las autoridades; 5) "todas las relaciones comerciales con PEP deberían ser revisadas regularmente por el nivel más alto de la institución financiera"; 6) deberían realizarse revisiones periódicas tanto de las cuentas existentes como de la posibilidad de que un viejo cliente se haya convertido en una PEP luego de haber comenzado la relación con el banco; y 7) debería prestarse atención a los casos de corrupción informados por la prensa.

El estándar cobró rápida aceptación internacional. Las PEP fueron incluidos como categoría de alto riesgo por el CBSB, que reco-

ch/e/archiv/2000/pdf/neu14a-00.pdf (20/4/08). Dos meses después, en una reunión de autoridades judiciales y supervisores financieros del G7, realizada en Suiza en noviembre de 2000, fue elaborado el "Working Paper of Financial Institutions Supervisory Authorities on the Handling of Accounts Linked to Politically Exposed Persons". Cf. Swiss Federal Banking Commission Annual Report 2001, en *www.ebk.admin.ch/e/publik/bericht/pdf/jb01.pdf* (20/4/08).

mienda "recabar suficiente información de un cliente nuevo y verificar la información de dominio público para determinar si el cliente es o no una persona del medio político. Los bancos deben investigar el origen de los fondos antes de aceptar a una PEP. La decisión de abrir una cuenta para una PEP se tomará al más alto nivel de dirección del banco"[32]. El estándar también fue adoptado por el Grupo Wolfsberg en todos sus principios[33].

El artículo 52.1 de la UNCAC obliga a los Estados parte a requerir a sus instituciones financieras que "intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes y no deberá ser concebido de forma que desaliente o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela".

Considerando que las investigaciones suelen tomar impulso cuando los funcionarios abandonan sus cargos, la UNCAC también obliga a los Estados parte a que sus instituciones financieras mantengan los registros de las transacciones de las cuentas de escrutinio intensificado, incluidas las de las PEP, por un lapso mayor al de las transacciones corrientes.

La aplicación del estándar no ha sido uniforme. Aunque existen algunos criterios básicos, las regulaciones difieren en las categorías de funciones que incluyen[34] e inclusive en las jerarquías de funcionarios[35]. Por otra parte, mientras los estándares del GAFI definen a

[32] El CBSB afirma que "aceptar y administrar fondos recibidos de estas personas corruptas dañará seriamente la reputación del banco y puede socavar la confianza del público en las normas éticas de todo un centro financiero, ya que los escándalos de este tipo son objeto de una extensa cobertura en los medios de comunicación y una fuerte reacción política, aun cuando el origen ilegal de los bienes sea difícil de probar". Cf. CBSB, cit. *supra* nota 13.

[33] Adicionalmente, el Grupo publicó una guía de preguntas frecuentes para interpretar el estándar. Ver *www.wolfsberg-principles.com/faq-persons.html* (20/4/2008) y, más recientemente, una exhaustiva declaración sobre las medidas que las instituciones financieras deberían adoptar para detectar transacciones vinculadas con hechos de corrupción. Ver *www.wolfsberg-principles.com/statement_against_ corruption.html* (20/4/2008).

[34] Algunas regulaciones incluyen a miembros de partidos políticos o líderes religiosos que no desempeñan funciones públicas.

[35] La Directiva de la Unión Europea, por ejemplo, incluye a ministros de baja jerarquía, a miembros del Parlamento y a integrantes del servicio diplomá-

los PEP como extranjeros, la UNCAC no realiza ninguna distinción, pareciendo incluir las relaciones comerciales domésticas. El criterio del GAFI, internacionalmente compartido, asume que los bancos tienen un mayor conocimiento de los asuntos domésticos y, por lo tanto, no necesitan un escrutinio intensificado para evaluar la reputación de las PEP locales. Por otra parte, se asume que las relaciones bancarias de los políticos de alta jerarquía resultan particularmente sospechosas cuando se establecen en el extranjero[36].

En muchos países, los bancos requieren que el sector público provea listas de PEP, lo que en muchas jurisdicciones ocurre. En otras, sin embargo, los reguladores consideran que la vaguedad de las definiciones obliga a los bancos a ser mucho más cuidadosos y, por lo tanto, mejorará el sistema de identificación.

Los bancos también enfrentan dificultades para monitorear las cuentas de quienes dejan de ser PEP. Si bien es evidente que el escrutinio intensificado debiera mantenerse por un tiempo prudencial, distinguir qué transacciones de un ex funcionario corresponden a ingresos legítimos nuevos o a ingresos ilegítimos obtenidos durante las funciones que tuvo en el pasado, o incluso derivados de su influencia actual en el poder, es extremadamente difícil. Las regulaciones también difieren en relación con la definición de familiares y "colaboradores cercanos" de las PEP. Los estándares rígidos como "familiares cercanos" o "asesores" no deberían impedir considerar PEP a un familiar más lejano o a un chofer o colaborador de menor jerarquía que podría estar siendo utilizado por una PEP para ocultar activos ilícitos. En general, el criterio debe ser analizar el origen de los fondos y determinar si la persona puede justificar los fondos a su nombre.

Las instituciones financieras tienden en la actualidad a aplicar un enfoque basado en el riesgo para conducir el proceso de debida diligencia sobre las PEP. El enfoque se basa en una serie de criterios para definir un mayor o menor riesgo: la reputación de la PEP (análisis de información pública en la prensa o en Internet); su domicilio (índice de corrupción del país); su función y cargo (posibilidad de abuso de poder); el servicio bancario solicitado (facilidad para el lavado de activos); solicitud de confidencialidad (a mayor solicitud de secreto, mayor vigilancia); cantidad de activos en un determinado tiempo de

---

tico. Cf. Bauer, Hans-Peter, "How to deal with politically exponed persons", en Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets,* cit., p. 199.

36 Cf. Bauer, "How to deal with politically exponed persons", cit., ps. 202.

ingreso de flujos (a mayor cantidad en menor tiempo, mayor vigilancia). Al alejarse de criterios más formalistas o normativos, un enfoque basado en el riesgo para decidir quién es una PEP permite resolver varias de las dudas planteadas en los párrafos anteriores.

En atención a las diferencias existentes en las regulaciones internas de cada país, en la sección siguiente resumiremos los rasgos principales de la aplicación del concepto de PEP en los principales centros financieros del mundo.

IV. 2. Aplicación del estándar en diferentes jurisdicciones

IV. 2. A. Suiza

El 1 de julio de 2003, Suiza dictó la Ordenanza de la Comisión Bancaria Federal sobre debida diligencia de la clientela para bancos y agentes inmobiliarios en relación al lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y las relaciones con personas políticamente expuestas[37]. La norma sigue con exactitud las líneas desarrolladas por el G7 y el CBSB, tanto con respecto a la definición de PEP como al detallar los pasos a tomar cuando un banco decide comenzar una relación de negocios con una PEP.

La ordenanza considera PEP a las personas que mantienen posiciones públicas prominentes en el extranjero y a los individuos y empresas que, de manera reconocible, tengan vínculos familiares o personales o de negocios cercanos con las personas mencionadas. Las relaciones comerciales con PEP siempre serán consideradas como de alto riesgo.

La ordenanza prohíbe a los bancos aceptar el producto de delitos de corrupción u otros delitos relacionados incluso si se cometen fuera de Suiza. Ello incluye los activos obtenidos mediante cohecho, malversación de caudales públicos, abuso de los deberes oficiales o negociaciones deshonestas (art. 4.2). Si un banco acepta negligentemente activos producto de este tipo de delitos, la Comisión Federal de Bancos Suizos puede imponer sanciones que incluyen la determinación de que la institución (y/o los directivos de mayor jerarquía) ya no pueden hacer negocios en el sector financiero (art. 4.3).

37 Ver *Ordinnance de la Commision Federale des Banques relative aux devoirs de diligence des banques et des negociant en valeurs mobilieres en materie de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme et de relations d'affaires avec des personnes politiquement exposees,* en *www.admin.ch/ch/f/rs/c955_022.html* (20/4/2008).

La ordenanza también dispone que entre los procedimientos internos que deben adoptar los intermediarios financieros con respecto a la prevención del lavado de activos, deben desarrollar una política en relación con las PEP (art. 10.2.g).

En todas las relaciones o transacciones que involucran un alto riesgo, los sujetos obligados deben realizar investigaciones adicionales, entre las que se encuentra la de averiguar si la parte contratante o el beneficiario final es una PEP (art. 17.2.g).

Finalmente, el artículo 22.1.a dispone que la decisión de comenzar una relación de negocios con PEP –y la de mantenerla, anualmente– debe ser tomada por los directivos de mayor jerarquía del banco.

IV. 1. B. Canadá

En febrero de 2007 entró en vigor una modificación a la ley de decomiso del producto del delito y financiamiento del terrorismo[38] que incluye la necesidad de identificar y monitorear a las PEP.

Al igual que en Suiza, las PEP sólo incluyen a los funcionarios extranjeros que ocupen o hayan ocupado los cargos de jefe de Estado, ministro, diputado o senador, embajador o miembro de alto rango en una embajada, militar con grado de general o superior, presidente de una empresa del Estado o de un banco estatal, director de un organismo del poder ejecutivo, juez, presidente o líder de un partido político con representación legislativa. El concepto de PEP abarca los miembros de la familia cercana de cualquiera de las personas mencionadas (art. 9.3).

La nueva ley intensifica los estándares de debida diligencia respecto de las PEP. Los sujetos obligados deberán determinar si el propietario de una cuenta o una persona que envía grandes transferencias electrónicas de fondos es o no una PEP extranjera y, de ser así, deberán realizar un escrutinio intensificado de dichas transacciones y de sus relaciones de negocios con tales clientes.

IV. 1. C. Alemania

Alemania se encuentra en proceso de implementar la Tercera Directiva de la Unión Europea sobre Lavado de Dinero (que estable-

[38] Bill C-25, modificatoria de la Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act.

ce una definición de PEP y los pasos que deben seguir los bancos al establecer relaciones con ellas). A tal efecto, Alemania tendrá que modificar su Ley de Lavado de Dinero. Actualmente, el país cuenta con una circular de la *Federal Financial Supervisory Authority* de agosto de 2000 en la que se establece que las instituciones financieras deben ejecutar medidas de debida diligencia apropiadas al comenzar relaciones comerciales o recibir activos de personas que ejerzan una función pública prominente en un país extranjero y/o de personas físicas o jurídicas cuando la institución puede reconocer que tienen vínculos cercanos con dichas personas[39].

IV. 1. D. Reino Unido

Si bien Gran Bretaña no tiene disposiciones específicas respecto de las PEP, las recomendaciones de la industria bancaria (JMLSG Guidance Notes) –que no son obligatorias[40]– sugieren que las instituciones financieras utilicen procedimientos basados en el riesgo para determinar si un cliente es una PEP e implementen un escrutinio intensificado. Según el GAFI, si bien las regulaciones no son obligatorias, la *Financial Services Authority* confirmó que la mayor parte de las instituciones financieras cuenta con sistemas y controles para cumplirlas en lo que respecta a PEP. Sin embargo, el GAFI ha recomendado que Gran Bretaña cree obligaciones en este aspecto lo antes posible[41].

Al igual que Alemania, Gran Bretaña se encuentra en proceso de implementar la Tercera Directiva de la Unión Europea sobre Lavado de Dinero, y está actualmente en un proceso de consulta pública con la industria bancaria, de modo que las instituciones financieras se encuentran preparadas para los cambios legislativos que generarán nuevas obligaciones de debida diligencia respecto de las PEP[42].

[39] Los datos que se detallan a continuación surgen del reporte que evalúo el cumplimiento de la decisión del G8, de mayo de 2004, de establecer procedimientos y controles para realizar un escrutinio intensificado sobre las cuentas de las PEP. El informe está disponible en *www.bmj.bund.de/files/-/2261/Proceeds%20of%20corruption.pdf* (20/4/08).

[40] Ver Informe de evaluación mutua del GAFI sobre Gran Bretaña e Irlanda del Norte, p. 9, en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/55/29/39064399.pdf* (20/4/2008).

[41] Ibídem, p. 129.

[42] Ibídem, p. 125.

Asimismo, la UIF de Gran Bretaña cuenta con un equipo especializado para recibir reportes de operaciones sospechosas relativos a las PEP, que recibe un promedio de 2.800 reportes anuales[43].

IV. 1. E. Estados Unidos

La normativa de Estados Unidos[44] exige a las instituciones financieras que realicen un escrutinio intensificado de las cuentas de banca privada mantenidas por o a nombre de figuras políticas extranjeras de alta jerarquía.

Por "figuras políticas extranjeras de alta jerarquía" se entiende un actual o ex i) funcionario de alta jerarquía del poder ejecutivo, legislativo, administrativo, militar o judicial de un gobierno extranjero (haya sigo designado mediante elecciones o no); ii) funcionario de alta jerarquía de un partido político extranjero importante; y iii) ejecutivo de alta jerarquía de una empresa estatal extranjera.

El escrutinio intensificado debe ser razonablemente diseñado como para detectar y reportar transacciones que puedan involucrar el producto de delitos de corrupción en el extranjero.

Por otra parte, la versión de junio de 2006 del Manual de Evaluación de la Ley de Secreto Bancario y contra el Lavado de Dinero elaborada por el *Federal Financial Institutions Examination Council*[45] establece una guía para los evaluadores de las instituciones financieras con respecto al análisis de la adecuación de las políticas y procedimientos del banco en relación al manejo del riesgo asociado a las PEP. Allí se establecen pautas para mitigar los posibles riesgos asociados, tales como identificar el origen de los activos, consultar referencias y revisar fuentes de información pública.

El GAFI señaló que, si bien las regulaciones de Estados Unidos en la materia resultan razonables, la limitación del escrutinio intensificado de las cuentas de las PEP a la banca privada es una debilidad significativa del sistema[46].

[43] Ibídem.

[44] Disposición 31 del U.S. Code of Federal Regulations (CFR) § 103.178, en *www.gpoaccess.gov/cfr/index.html* (20/4/2008).

[45] Federal Financial Institutions Examination Council *Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Examination Manual* (Manual), junio de 2006, ps. 261-266, en *www.ffiec.gov/pdf/bsa_aml_examination_manual2006.pdf* (20/4/2008).

[46] Ver Informe de evaluación mutua del GAFI sobre Estados Unidos, p. 113, en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/44/9/37101772.pdf* (20/4/2008).

Como vimos en el punto II, el límite para la banca privada (u$s 1 millón) está establecido en la US Patriot Act (Sección 312). Al respecto, FinCEn indicó que, además de la US Patriot Act, las "Directivas sobre escrutinio intensificado para las transacciones que pueden involucrar el producto de corrupción extranjera"[47] están vigentes y que tales directivas no limitan la debida diligencia a cuentas superiores a 1 millón de dólares, por lo cual las instituciones financieras están obligadas a establecer procedimientos de debida diligencia intensificada para PEP aun si la cuenta no está sometida a la sección 312 de la US Patriot Act.

Siguiendo la recomendación del GAFI de extender la obligación de escrutinio intensificado de PEP a otros sujetos más allá de la industria bancaria[48], FinCEn está actualmente elaborando guías para el sector seguros, para los asesores de inversiones, para los asesores de *commodities* y para el *money service business*[49].

IV. 2. F. Uruguay

Las disposiciones de Uruguay con respecto a las PEP fueron establecidas por el Banco Central del Uruguay el 27 de noviembre de 2007[50]. La definición de las PEP en Uruguay incluy a jefes de Estado o de gobierno, políticos de jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alta jerarquía, empleados importantes de partidos políticos, directores y altos funcionarios de empresas estatales y otras entidades públicas. La definición también implica a los familiares y colaboradores cercanos.

Es de destacar que Uruguay define a estas personas como aquellas que desempeñan o han desempeñado funciones públicas de importancia *en el país o en el extranjero*, no limitando la debida diligencia a las PEP extranjeras.

47 Emitidas por la Federal Banking Agencies, el Departamento del Tesoro y el Departamento de Estado.

48 Ver Informe de evaluación mutua del GAFI sobre Estados Unidos, *supra* 93, p. 121.

49 Cf. FinCEn, "Guidance to Financial Institutions on Filing Suspicious Activity Reports regarding the Proceeds of Foreign Corruption", FIN-2008-G005, del 17 de abril de 2008, en *www.fincen.gov/fin-2008-g005.pdf* (20/4/2008).

50 Banco Central del Uruguay, Circular N° 978, en *www.bcu.gub.uy/autoriza/ggsegg/seggci1978.pdf* (20/4/2008).

Según la disposición del Banco Central, las entidades financieras deben contar con procedimientos de debida diligencia intensificados en sus relaciones con PEP, sus familiares y asociados cercanos. Los pasos a seguir son los mismos que han sido establecidos en los estándares internacionales: i) procedimientos para determinar cuándo un cliente es una PEP; ii) aprobación de altos niveles jerárquicos para comenzar una relación con una PEP; iii) medidas para determinar el origen de los fondos; y iv) seguimiento especial y permanente de las transacciones de las PEP.

Finalmente, Uruguay se destaca en su solución de uno de los principales problemas mencionado anteriormente: la debida diligencia de las PEP que han dejado de serlo recientemente. En este sentido, la circular del Banco Central establece que el procedimiento de debida diligencia intensificado debe continuar como mínimo hasta dos años después de que la PEP ha dejado de desempeñar su función y que, vencido el plazo, la institución decidirá si mantener o no las medidas según su evaluación de riesgo.

IV. 2. Obligación de monitorear transacciones de PEP a solicitud de otro Estado

Teniendo en cuenta las dificultades que una institución financiera puede enfrentar para identificar correctamente una PEP extranjera, la UNCAC, 52.2.b prevé la posibilidad de que un Estado parte requiera que otro le notifique a las instituciones financieras que funcionan en su territorio "la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma".

Esta puede ser una herramienta muy importante de detección en aquellos países en los cuales los fiscales tienen la posibilidad de requerir a las UIF que transmitan información sobre las personas que se encuentran bajo investigación y sobre quienes existen sospechas acerca de las jurisdicciones en las que han ocultado activos.

V. Conclusiones

Los estándares explicados en este capítulo muestran que, en los últimos años, se ha avanzado notablemente en generar incentivos orientados a que las instituciones financieras internacionales dejen de considerar atractivo captar clientes cuyos activos provienen de la corrupción pública. El riesgo para la reputación de las entidades ha sido el disparador de políticas que permiten que, en los mayores cen-

tros financieros del mundo, se miren con desconfianza las cuentas corresponsales que pudieran canalizar fondos de "bancos cáscara", se ponga especial atención en el origen de los fondos de los clientes de "banca privada" y, sobre todo, se someta a un escrutinio intensificado la determinación del origen de los fondos de las llamadas personas políticamente expuestas.

La entrada en vigencia de los nuevos estándares cambia sustancialmente la discusión tradicional en relación a la responsabilidad de los centros financieros en el ocultamiento de fondos provenientes de la corrupción. Cada vez es más frecuente que los casos de gran corrupción sean detectados a partir de un reporte de operación sospechosa de una institución financiera internacional que, o bien ha rechazado una transacción de una PEP o bien la ha aceptado y, tras el reporte, su UIF o una autoridad judicial le ha ordenado congelar los fondos.

Estos cambios dan sentido al principio de "responsabilidad compartida" entre los países en desarrollo y los centros financieros en la recuperación de activos. El desafío, ahora, está claramente del lado de los países en desarrollo que, con estos mecanismos en marcha, ponen a prueba su independencia judicial, la integridad de sus organismos de inteligencia financiera y, en definitiva, su voluntad política para reducir la corrupción pública.

Capítulo 5

La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles*

Tim Daniel y James Maton

I. Introducción

Los mecanismos penales para recuperar el producto de la corrupción de un funcionario público dependen, en primer lugar, de la previa condena del funcionario, ya sea en los tribunales de su país o en los tribunales de la jurisdicción en la que se encuentran sus activos ilícitos y, además, de una orden de decomiso definitiva y ejecutable sobre sus activos. Tal como se describe en otra parte de este libro, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC por las siglas en inglés) requiere que los Estados parte ejecuten órdenes de decomiso emitidas por tribunales extranjeros mediante los mecanismos de asistencia mutua legal, y un número creciente de países lo ha hecho[1]. Cuando se encuentra disponible, este mecanismo puede ser efectivo y eficiente.

Sin embargo, muchas veces resulta difícil satisfacer estas condiciones. Los procedimientos penales en general requieren que el acusado se encuentre presente ante el tribunal para ser sometido a juicio. Un acusado puede estar muerto[2] o puede haber escapado del país ya sea para eludir su detención o su persecución penal[3]. Puede ser imposible obtener una condena penal debido al poder de los acusados para suprimir investigaciones o manipular testigos o jueces de un modo corrupto, o debido a que sus defensores legales son capa-

* Versión original en inglés (*Civil Proceedings to Recover Corruptly Acquires Assets of Public Officials*) publicada en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Berna, 2008, ps. 243-266. Traducción de Natalia Volosin y Guillermo Jorge.

1 Art. 54.1.a de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC).

2 Como en el caso del general Sani Abacha de Nigeria.

3 En el caso del proceso penal llevado a cabo en Inglaterra contra dos ex gobernadores de estados nigerianos, Diepreye Alamieyeseigha del estado de Bayelsa y Joshua Dariye del estado de Plateau, ambos violaron la libertad bajo fianza y escaparon hacia Nigeria.

ces de generar interminables dilaciones y apelaciones. La persecución penal en el extranjero, por ejemplo por lavado de dinero, será frecuentemente obstaculizada debido a que el acusado no podrá –por estar, por ejemplo, detenido– o no querrá, viajar para ser sometido a juicio. Si se requiere de la presencia del acusado para el inicio, continuación o conclusión del proceso penal, la única opción viable será la extradición. Como es bien sabido, la extradición casi nunca es sencilla. Esto es particularmente cierto en casos de corrupción en los que pueden estar en juego intereses nacionales contrapuestos[4].

Además, el estándar de prueba requerido para asegurar una condena penal generalmente será elevado: en los países del *common law* el estándar requerido es "más allá de toda duda razonable". Si dependiera de satisfacer este estándar, el éxito en recuperar activos de la corrupción sería considerablemente reducido.

Cuando se obtienen condenas contra acusados con bienes localizados en otras jurisdicciones, las órdenes de decomiso pueden no estar disponibles o no ser ejecutables en el extranjero si los activos se encuentran a nombre de asociados, personas jurídicas o fideicomisos. Es probable que los acusados cuestionen la legalidad de su juicio penal oponiéndose a la ejecución en el extranjero de una orden de decomiso posterior a una condena: por ejemplo, los jueces europeos deberán estar convencidos de que están ejecutando una orden de decomiso basada en un juicio que cumplió con las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Ello causará un retraso –en el peor de los casos, podría hacer que la causa tuviera que volver a ser juzgada–.

Finalmente, los tribunales sólo ejecutarán una orden de decomiso extranjera cuando se hayan agotado todos los recursos contra la orden y contra la condena en la cual se fundamente. Esto será un problema significativo para los países en los que las apelaciones pueden durar años.

[4] El ejemplo clásico de este tipo de casos es el de Alberto Fujimori, el hijo de padres japoneses que habían emigrado hacia Perú. Fujimori fue presidente de Perú entre 1990 y 2000. Él y el jefe del Servicio Nacional de Inteligencia, Vladimiro Montesinos, fueron acusados de corrupción masiva mientras ejercían su mandato. En el año 2000, Fujimori se escapó a Japón, donde consiguió su ciudadanía japonesa. Como consecuencia de ello, las autoridades peruanas no pudieron extraditarlo, dado que la ley japonesa prohíbe la extradición de sus propios ciudadanos.

La UNCAC también prevé que los Estados puedan decomisar el producto de delitos de corrupción en ausencia de una condena penal, y que, a través de los mecanismos de asistencia mutua legal, puedan ejecutar en el extranjero las órdenes de decomiso emitidas en consecuencia[5]. Sólo las autoridades encargadas de la persecución penal, y los organismos anticorrupción ejercen tales poderes, y en ocasiones tiene que haber una buena razón para proceder sin haber obtenido una condena penal, por ejemplo, la muerte o la fuga. Es una forma de acción dirigida a los activos mismos, a veces denominada acción *in rem*. Típicamente, existe una menor carga de la prueba: en los países del *common law* el tribunal debe decidir si los activos representan o derivan del producto del delito sobre un estándar de prueba preponderante*. Tales procedimientos son en ocasiones denominados, de un modo un poco confuso, como decomiso civil. Sin embargo, son distintos de los procedimientos civiles privados que constituyen el objeto de este capítulo. Cuando se encuentran disponibles, los procedimientos de decomiso civil pueden tratar algunas de las dificultades identificadas más arriba, pero muchas de ellas se aplicarán de todos modos.

II. Los procedimientos civiles para la recuperación directa

El procedimiento civil para la recuperación directa es otro método para recuperar activos de la corrupción. El mecanismo no depende de la cooperación entre Estados mediante mecanismos de asistencia mutua legal en materia penal. En relación a activos extranjeros, un Estado iniciará una acción privada ante los tribunales civiles de la jurisdicción extranjera en la que se encuentra el producto de la corrupción. Se trata del mismo procedimiento que utilizarían ciudadanos particulares o personas jurídicas para demandar a otro –por ejemplo, si un liquidador quisiera recuperar los activos desviados en una insolvencia fraudulenta–.

El principio de recuperación directa se encuentra reconocido en el artículo 53 de la UNCAC, en donde se establece que cada Estado parte, de conformidad con su derecho interno:

[5] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54.1.c.

* Nota del Traductor: denominado *balance of probabilities*, este estándar de prueba se utiliza en los procedimientos civiles y requiere demostrar que el hecho es más probable que improbable.

a) adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención; y

b) adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado parte que haya resultado perjudicado por esos delitos.

En general se requiere probar una conexión con la jurisdicción en cuestión para iniciar el procedimiento civil, lo cual, en casi todos los casos, puede alcanzarse demostrando que el demandado tiene activos que se encuentran dentro de esa jurisdicción o que han pasado por ella[6]. Los tribunales europeos y de Estados Unidos, por ejemplo, son en general consistentes en rechazar excepciones de jurisdicción en casos de corrupción e, incluso en muchas ocasiones, admiten casos que muestran una conexión muy débil con su jurisdicción[7].

Pueden ser potenciales demandados civiles por parte de un Estado, además del funcionario público corrupto, los familiares y colaboradores que hayan participado de la corrupción o que posean activos, empresas y fideicomisos creados para recibir, lavar y ocultar el producto de la corrupción, empresas que hayan pagado sobornos para obtener contratos públicos o el ejercicio favorable de funciones públicas, y banqueros, abogados, contadores, asesores financieros u otros profesionales involucrados en la corrupción o en el lavado de su producto.

[6] Ver, por ejemplo, los casos ingleses Islamic Republic of Pakistan v. Asif Ali Zardari and others (2006) EWHC 2411 (Comm), The Federal Republic of Nigeria v. Joshua Chibi Dariye and another (2007) EWHC 708 (Ch) y Attorney-General for and on behalf of the Republic of Zambia and Meer Care and Desai (un estudio jurídico) and Ors (2005) EWHC 2102.

[7] Ver los casos referidos en la nota anterior. Cabe destacar que, fuera del contexto de la corrupción, los tribunales ingleses aceptaron su jurisdicción en un proceso llevado a cabo por Kuwait Airways contra Iraqi Airways por la apropiación indebida de una aeronave y de repuestos de aeronave durante la invasión iraquí a Kuwait en 1990, demanda que no tenía ningún vínculo con Inglaterra, pero que difícilmente podría haberse discutido en Iraq o en Kuwait: Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Another (1995) 1 WLR 1147.

El objetivo del procedimiento civil es recuperar el producto de la corrupción[8], o resarcir los daños causados por hechos de corrupción en una sentencia que puede ser ejecutada contra activos adquiridos ilícitamente o de dudoso origen.

No es posible dejar de mencionar que en los sistemas de derecho continental, por ejemplo en Suiza, los Estados extranjeros que procuran recuperar activos de la corrupción, en muchas ocasiones pueden constituirse en actores civiles en las investigaciones penales suizas o en procedimientos relacionados con esos activos (por ejemplo, por el lavado de estos activos). Tales investigaciones o procedimientos pueden ser iniciados por un juez que investigue como consecuencia de haber recibido una solicitud de asistencia mutua legal. El Estado extranjero podrá acceder al expediente, participar en la declaración de testigos, formular peticiones al juez de instrucción y solicitar la repatriación de los activos. Esta es una clara y, en muchas ocasiones, efectiva combinación de procedimientos civiles y penales. El resto de este capítulo desarrollará los siguientes aspectos de los procedimientos civiles: ventajas y desventajas del procedimiento civil para la recuperación directa; obtención de evidencia; inmovilización de los activos; y enjuiciamiento del caso.

III. Ventajas y desventajas de la recuperación directa

Además de ser el único método realista de recuperar activos ilícitos en circunstancias en las cuales no es posible obtener una condena penal o una orden de decomiso ejecutable en un plazo razonable, la recuperación directa ofrece otras ventajas. La carga de la prueba es, en la mayoría de las jurisdicciones, menor que el estándar de prueba penal. Utilizando nuevamente el ejemplo de los países del *common law*, la carga se expresa como el estándar de la prueba preponderante. La prueba casi nunca es contundente en los casos de corrupción. Tal estándar le da al tribunal civil mayor libertad para realizar inferencias a partir de la evidencia con que cuenta. Las inferencias bien realizadas pueden tener un valor inestimable para ganar casos de corrupción. Es muy difícil que el acusado pueda

[8] Las demandas para la recuperación de activos son comúnmente expresadas en términos jurídicos como *proprietary claims*: el principio básico es que los activos ilícitos son propiedad del Estado víctima y no del demandado. Esto obviamente incluye dinero público o activos apropiados por un funcionario público, pero en muchas jurisdicciones también se extiende a sobornos pagados a funcionarios públicos a cambio del ejercicio favorable de funciones públicas.

darle al tribunal una explicación legítima de cómo obtuvo los bienes cuya ilicitud se alega.

Los ejemplos de casos que generan individual o colectivamente un fuerte indicio de corrupción incluyen: la posesión de activos que exceden las fuentes conocidas de ingresos (por ejemplo, ¿cómo se explica que un presidente con un salario de u$s 19.000 por año adquiera activos por más de u$s 3.000 millones en menos de cinco años?)[9]; la omisión de revelar activos en declaraciones exigidas a los funcionarios públicos cuando asumen o abandonan su cargo, declaraciones electorales e impositivas; haber negado previamente la propiedad sobre ciertos bienes; el incremento patrimonial durante el cargo; los pagos a funcionarios públicos por parte de contratistas; el uso de fideicomisos y empresas u otros testaferros para ocultar la propiedad de activos (particularmente cuando están localizados en jurisdicciones *offshore*, o cuando se utilizan complejas estructuras para ocultar la propiedad); las explicaciones inconsistentes o falsas dadas a oficiales bancarios o autoridades de investigación con respecto al origen de los activos; y la titularidad de cuentas bancarias en el extranjero en violación a las normas locales. En general, estos indicios se ven fortalecidos durante el proceso por la falta de explicaciones claras, completas o consistentes por parte del demandado acerca del origen de sus bienes.

Otra ventaja del procedimiento civil para la recuperación directa es que, a diferencia del proceso penal, la ausencia del demandado en general no impide que se inicie el procedimiento, siempre y cuando el tribunal considere que el demandado ha sido debidamente notificado de la demanda y del procedimiento al que será sometido. En los casos de corrupción, esto es en ocasiones problemático porque el demandado es deliberadamente elusivo. La mayoría de las jurisdicciones conceden poderes al tribunal para ordenar notificaciones "sustitutivas" en estas circunstancias –por ejemplo, notificando del procedimiento a los abogados o asociados con quienes el demandado se encuentra en contacto, o mediante publicaciones en la prensa local del país en el que se cree que reside el demandado, o incluso mediante correo electrónico[10].

[9] Se estimó que el ex presidente de Nigeria, Sani Abacha, tuvo tal salario básico durante sus años de mandato (1993-1998). Los estimativos de las sumas que obtuvo de Nigeria varían entre u$s 3 y 5 mil millones.

[10] Por ejemplo, en el proceso llevado a cabo por la República Federal de Nigeria contra la familia de Abacha, se ordenó notificar a los abogados que los

Una vez que ha sido notificado, el demandado debe decidir si participa en el procedimiento. Ignorar el proceso debería llevar rápidamente a una sentencia a favor del Estado demandante.

Una última ventaja que cabe mencionar es que frecuentemente será más sencillo para las autoridades del Estado que busca recuperar los activos hacerlo mediante un procedimiento civil, en lugar de iniciar un proceso penal local contra individuos de alto perfil cuya persecución puede generar fuertes sentimientos de apoyo entre sus seguidores.

El uso de procedimientos civiles para la recuperación directa también tiene desventajas. La primera desventaja es el costo, dado que contratar abogados para la demanda civil no es barato, particularmente cuando el caso involucra varias jurisdicciones. Muchas veces los costos son difíciles de predecir porque dependen en gran medida de la estrategia de la demanda. Sin embargo, en los programas de recuperación de activos bien administrados, el costo debería ser sólo una fracción de lo recuperado, y un objetivo podría ser que los casos generen un círculo virtuoso que permita financiar acciones futuras.

Otra desventaja, como se describirá más adelante, es que un Estado extranjero que busca obtener evidencia en un procedimiento civil para hacer una demanda o para asegurar activos mediante una orden de embargo, en general tiene obligaciones bastante gravosas hacia el tribunal. Esto significa que frecuentemente es más fácil y barato congelar los activos mediante los mecanismos de asistencia mutua legal en el marco de una investigación penal. La relativa facilidad y rapidez para obtener órdenes de embargo civiles o penales varía según la jurisdicción (y en ocasiones según los casos, dependiendo de la disponibilidad de recursos). Sin embargo, las autoridades encargadas de la persecución penal tienen que satisfacer un estándar más fácil para congelar activos, por ejemplo, que una investigación penal esté en curso y que exista una sospecha razonable de que los activos representan el producto del delito. Esta es una razón por la cual los programas efectivos de recuperación de activos de la corrupción muchas veces utilizan un paquete coordinado de medidas penales y civiles para inmovilizar y recuperar los activos. Mientras que los mecanismos penales son útiles para inmovilizar los activos, el procedimiento civil lo es para recuperarlos.

representaban en otros procesos. Esto se repitió en el proceso de Nigeria contra Joshua Dariye, un ex gobernador que se escondió al ser acusado.

IV. La obtención de evidencia en el procedimiento civil

IV. 1. Asistencia mutua legal

Antes de desarrollar los mecanismos para obtener evidencia en el procedimiento civil, cabe considerar cómo se obtiene evidencia en casos penales que involucran múltiples jurisdicciones. La asistencia mutua legal es el mecanismo formal para obtener evidencia en un país para ayudar a las investigaciones o procedimientos penales de otro país. Históricamente, los Estados han requerido tal asistencia bajo tratados bilaterales o, en el caso de los países del *Commonwealth*, bajo el *Harare Scheme* (Sistema de Harare). Todos esos tratados y el *Harare Scheme* fueron diseñados para prestar asistencia a los Estados que querían iniciar procesos penales en sus propios países. La UNCAC se centra en el concepto de Estados que se asisten entre sí mediante mecanismos de asistencia mutua legal para llevar ante la justicia a los autores de delitos de corrupción[11].

Fuera de la obligación de permitir a un Estado extranjero iniciar acciones civiles[12], la Convención no contiene ninguna disposición para brindar asistencia mutua legal en procedimientos civiles. En otras palabras, tal asistencia continúa siendo considerada sólo en el contexto de los procesos penales. El resultado es que, por ejemplo, los amplios fines de asistencia establecidos en el artículo 46 de la UNCAC no están disponibles para un Estado requirente que contempla el procedimiento civil para recuperar activos de la corrupción localizados en el extranjero.

Sin embargo, en muchas ocasiones ocurre que la información obtenida como resultado de una solicitud de evidencia realizada en el marco de una investigación o persecución penal será invaluable en una demanda civil para recuperar activos. Los Estados que proveen la información han sido históricamente, como regla general, renuentes a permitir que la evidencia obtenida para un propósito sea utilizada para otro. Puede haber cuestiones de confidencialidad o de secreto profesional involucradas. Además, al Estado requerido puede no gustarle la idea de tener que utilizar el dinero de sus propios contribuyentes para asistir a otro Estado en un procedimiento civil. Sin embargo, en general, argumentaríamos que no se puede

[11] Tal asistencia es el objeto del Capítulo IV de la UNCAC (Cooperación Internacional).

[12] Art. 53, UNCAC.

realizar ninguna distinción lógica entre una acción penal y una civil cuando el objetivo principal de todas las partes es llevar ante la justicia a los autores de delitos de corrupción, y remover los frutos de sus actividades ilícitas.

Es de esperar que más países admitan que, en los procedimientos civiles, se incorpore evidencia obtenida en el marco de investigaciones penales en el extranjero, con las garantías judiciales de tales solicitudes. En Inglaterra, por ejemplo, la Unidad de Recuperación de Activos de la Corrupción de la Policía Metropolitana recientemente obtuvo una importante cantidad de información sobre el producto de la corrupción y las actividades de Joshua Dariye y de Diepreye Alamieyeseigha, en ese momento gobernadores de los Estados nigerianos de Plateau y Bayelsa, respectivamente. Esa información fue obtenida en el marco de sus propias investigaciones penales, y también a raíz de solicitudes de asistencia mutua legal del Gobierno Federal de Nigeria. Tanto Dariye como Alamieyeseigha huyeron del Reino Unido antes de que pudiera comenzarse el proceso y gozaron de inmunidad de persecución en Nigeria durante su cargo. Por lo tanto, Nigeria llevó adelante un proceso civil en Inglaterra para recuperar sus activos. En ambos casos, el Tribunal Superior de Inglaterra ordenó a la policía proporcionar a Nigeria la información obtenida durante las investigaciones penales, luego de obtener la conformidad de la policía en cuanto a que ello no perjudicaría sus investigaciones. La información fue proporcionada a través de los mecanismos que se describen en la siguiente sección.

IV. 2. Órdenes de proveer información en los procedimientos civiles

Los procedimientos civiles, al menos en los países del *common law*, en general tienen una etapa para proveer información, en la cual las partes tienen que entregarle a los oponentes todos los documentos relevantes con que cuentan, sean favorables o desfavorables a su posición. También puede obtenerse prueba documental relevante en poder de terceros, lo cual requiere una orden del tribunal. La orden de proveer información ocurre luego de trabada la *litis* –demanda y contestación de demanda–. Sin embargo, en los casos de corrupción, el Estado demandante en general querrá y necesitará obtener la prueba documental ni bien se inicia el proceso, tanto para localizar e inmovilizar los activos que considera que derivan de la corrupción como para obtener evidencia que le permita alegar y probar su caso. Típicamente, las autoridades locales de persecución penal habrán obtenido los documentos que ponen en evidencia la

existencia de cuentas bancarias en el extranjero y otros activos, pero el Estado demandante tendrá información muy limitada sobre el origen preciso de esos bienes extranjeros y de los negocios realizados con ellos, y en general no podrá localizar todos los activos extranjeros del acusado. Esa información estará muchas veces en poder de los bancos extranjeros que administren los bienes y de asesores profesionales que hayan participado de las transacciones realizadas con los activos. La información disponible y de utilidad incluirá, por ejemplo: formularios de apertura de cuentas; la identidad de los beneficiarios finales de las cuentas; declaraciones bancarias; notas de crédito y débito; notas de reuniones y conversaciones con los titulares de las cuentas; la información producida para cumplir con la regla "conozca a su cliente" requerida por la legislación para prevenir el lavado de dinero; la identidad de los beneficiarios finales de empresas o fideicomisos; la identidad de las personas que proveen instrucciones a los asesores profesionales; y las explicaciones que éstos dieron del origen de la riqueza.

Para obtener información sobre activos ocultos, en las jurisdicciones del *common law*, el Estado demandante también puede recurrir a la misma estrategia que utiliza quien liquida una empresa en quiebra. Esta vía ha generado una importante línea jurisprudencial en Inglaterra y en muchos de los países del *Commonwealth* (estos países, particularmente las jurisdicciones *offshore*, son especialmente significativos en los casos de corrupción). Estos casos pueden ser de gran utilidad para un Estado demandante que busca que un tribunal civil ordene que tanto el demandado como terceros, por ejemplo, los bancos que administran sus activos, provean información y documentos. En general, estas órdenes deben solicitarse al comienzo del procedimiento junto con las órdenes de embargo que se describen en la siguiente sección: la práctica usual es requerir un conjunto de medidas apropiadas para las circunstancias particulares del caso.

Los pedidos de información de terceros, como los bancos, son comúnmente denominados órdenes "Norwich Pharmacal", en referencia al caso decisivo en esta materia[13]. En ese caso, la aduana inglesa era un tercero inocente en una serie de actos ilícitos que habían causado pérdidas a *Norwich Pharmacal*, quien quería

[13] Norwich Pharmacal v. Customs and Excise Commissioners (1974) AC 1975.

demandar a los responsables. El tribunal ordenó al cuerpo directivo de la aduana entregar documentos que poseían y que condujeron directamente a la identificación de los responsables y de sus actividades. En un caso de recuperación de activos, será crucial obtener la información sobre las cuentas bancarias utilizadas para transferir ganancias ilícitas alrededor del mundo. Los bancos pueden ser inocentes y no conocer la verdadera naturaleza de los fondos que son transferidos a través de las cuentas de sus clientes[14], pero los registros bancarios relativos a esas cuentas pueden proveer evidencia vital que permita rastrear el destino final de los fondos.

Las órdenes de proveer información dictadas contra terceros se realizan inicialmente sin el conocimiento del demandado o de los terceros que proveerán la información: esto tiene la finalidad de asegurar que el demandado no tenga la oportunidad de mover y ocultar sus activos antes de que hayan sido localizados e inmovilizados. Esto nos conduce a la siguiente herramienta de esta línea jurisprudencial: la orden de "no decir".

IV. 3. Órdenes de "no decir"

Los empleados bancarios y los profesionales en general tienen un deber de informar inmediatamente a su cliente cuando reciben una orden requiriéndoles que divulguen información sobre sus asuntos. Sin embargo, esto podría ser muy perjudicial en los casos de corrupción en los que la localización de los activos, o de parte de ellos, se desconoce. La información podría identificar activos hasta el momento desconocidos que deberían ser inmovilizados. Es probable que esos activos desaparezcan si el responsable se entera de los intentos de inmovilizarlos y recuperarlos. En estas circunstancias, sin perjuicio del principio tradicional según el cual "la justicia debe ser pública para ser justicia", el tribunal puede emitir una orden de "no decir". Este término algo curioso se utiliza para describir una orden del tribunal que requiere que quienes deben suministrar la información (e inmovilizar los activos respectivos) mantengan la confidencialidad hasta que se emita una nueva orden del

[14] En teoría, esto debería ser menos probable en la actualidad con la entrada en vigencia de las reglas sobre conocimiento del cliente y el estándar de "personas políticamente expuestas". Los Estados y sus asesores también deberán tener en cuenta en qué medida los bancos conocían el origen de los fondos porque es posible iniciar acciones civiles contra los bancos por asistir con conocimiento a los responsables o por recibir activos ilícitos.

tribunal notificando a los responsables de la existencia del proceso. Toda violación de la confidencialidad constituiría una desobediencia judicial. La intención es darle tiempo al Estado demandante para que revise los documentos obtenidos de los bancos a fin de localizar los activos reclamados. Los documentos pueden mostrar que los activos previamente en poder del banco informante han sido transferidos. En los casos de "gran corrupción" puede ser necesario realizar una serie de requerimientos al tribunal para obtener la información y el congelamiento de las cuentas bancarias, identificando los activos a ser inmovilizados, antes de notificar del procedimiento a los demandados. El caso clásico al que casi siempre se hace referencia para obtener estas órdenes es "Bankers Trust v. Shapira"[15], y en general son denominadas órdenes de "Bankers Trust".

Pueden surgir dificultades si los demandados quieren transferir fondos de cuentas congeladas mientras se encuentra vigente una orden de "no decir". Típicamente, el tribunal ordenará que la cuenta continúe operando normalmente, pero sometiéndola a la supervisión efectiva de los abogados que patrocinan al Estado demandante. Los abogados pueden entonces mantener una vigilancia secreta de los movimientos de esa cuenta. Normalmente no interferirán en transacciones "cotidianas", pero, por supuesto, en cuanto se intente transferir, por ejemplo, un monto considerable, solicitarán al banco que no realice la operación (momento en el cual normalmente será necesario notificar del procedimiento al demandado) o requerirán al tribunal que permita la transferencia y que congele la cuenta receptora[16].

IV. 4. Órdenes de búsqueda e incautación

Generalmente, los tribunales civiles pueden autorizar al demandante el ingreso a domicilios con el fin de secuestrar documentos relevantes para el procedimiento, que de otro modo el demandado

[15] 1 WLR 1274 (1980).

[16] En los procesos ingleses llevados a cabo por el gobierno de Nigeria contra la familia Abacha, la orden de "no decir" estuvo vigente por seis semanas antes de que se notificara a la familia. Durante ese tiempo, se obtuvo muchísima información. Los abogados de Nigeria hicieron varios requerimientos al tribunal para obtener documentos y el congelamiento en relación con cuentas en bancos reveladas por la información proporcionada por otros bancos. Casi 20 bancos fueron sometidos a órdenes al final del proceso (Federal Republic of Nigeria v. Union Bank of Nigeria and others Claim No HC01 CO3260).

probablemente destruiría o no incluiría al proveer información. Esta es una orden particularmente severa y por lo tanto es utilizada con prudencia. Es el equivalente civil de la orden de allanamiento que lleva a cabo la policía en una investigación penal. Estas órdenes civiles fueron recientemente aceptadas en litigios sobre propiedad intelectual, típicamente, en casos de violaciones a los derechos de reproducción. Estas órdenes eran comúnmente denominadas por los abogados y los tribunales como órdenes "Anton Piller"[17]. La orden de búsqueda e incautación en general requiere que quien la solicita identifique a un abogado independiente con experiencia en estos procedimientos para que supervise la búsqueda e incautación. Esto es para asegurar que el tribunal disponga de un informe objetivo de la búsqueda, que sólo sean incautados documentos relevantes para el caso y que se realice un adecuado registro del material incautado. Las órdenes de búsqueda e incautación pocas veces se utilizan en casos de corrupción: la evidencia crucial en general estará en manos de instituciones financieras, abogados y contadores de quienes puede esperarse que cumplan con una orden de divulgación emitida contra ellos.

IV. 5. Otras medidas

Existe una variedad de medidas que pueden adoptarse directamente contra un demandado: por ejemplo, al ser notificado del proceso puede requerírsele al demandado que realice una declaración jurada ante el tribunal que contenga todos sus bienes y donde están ubicados, o una declaración jurada que explique qué ha ocurrido con los bienes ilícitamente obtenidos. Los demandados típicamente declararán sólo aquellos activos que el Estado demandante ya había descubierto, y se rehusará a proveer información que tienda a incriminarlo. Si luego se encuentran otros activos, la credibilidad del demandado se verá seriamente dañada ante el tribunal.

IV. 6. ¿Hay información disponible de fuentes públicas?

Como resulta obvio de lo que se ha dicho más arriba, los tribunales tienen amplias facultades para ordenar búsquedas e investigaciones. Sin embargo, debería recordarse que mucha información

[17] En referencia al caso en el cual tal orden fue emitida por primera vez, Anton Piller KG v. Manufacturing Processes (1975) 1 WLR 302, CA.

básica pero útil respecto de empresas y propiedades se encuentra en el ámbito público y está disponible electrónicamente (por ejemplo, en los registros de empresas, de propiedades y de algunos bienes muebles, si bien en general no será este el caso en las jurisdicciones *offshore*). Frecuentemente, las búsquedas en Internet y en la prensa generan una sorprendente cantidad de información adicional. También es posible contratar especialistas para investigar los activos, si bien se recomienda que trabajen en conjunto con los abogados para asegurar que la información sea obtenida legalmente para que pueda ser utilizada ante el tribunal.

IV. 7. Inmovilizar los activos

Todas las medidas mencionadas para la obtención de información y evidencia deberán ser siempre combinadas con una solicitud de embargo sobre los activos del demandado. En muchas jurisdicciones éstas son conocidas como órdenes "Mareva"[18], o órdenes de congelamiento. Estas órdenes son realizadas contra el demandado en persona, y no contra los bienes. En muchos países las órdenes serán dictadas para que produzcan sus efectos en todo el mundo, aunque para ser realmente efectivas en el extranjero tendrán que ser ejecutadas por los tribunales locales. Sin embargo, su efecto es impedir que los demandados dispongan (disipen) o realicen transacciones con cualquiera de sus bienes hasta el máximo valor de la demanda del Estado (y es probable que éste sea aún indeterminado). En otras palabras, el demandado tiene que mantener el monto especificado dentro de la jurisdicción para cumplir con la orden, cuya duración es en general establecida hasta la sentencia o hasta una nueva orden del tribunal.

El valor de una orden de congelamiento no está en su efecto sobre el demandado: debería asumirse que un demandado deshonesto buscará ocultar los activos en violación de su deber si tiene la oportunidad. El valor de una orden de congelamiento radica en cambio en el efecto que tiene sobre los terceros que controlan los activos, tales como los bancos en los que el demandado mantiene cuentas. Los terceros notificados de la orden enfrentan duras penas por su incumplimiento.

[18] En referencia al caso de Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers Ltd (1975) 2 Lloyd's Rep 509.

Los Estados demandantes deberían saber que, al emitir una orden de este tipo, el tribunal típicamente permitirá retirar ciertas sumas de las cuentas embargadas para cubrir los gastos diarios de vida del demandado. Tales gastos deben ser identificados por el demandado ante el tribunal, que utilizará su discreción para establecer los montos permitidos.

Los tribunales también permitirán al demandado retirar gastos "razonables" para cubrir los costos del proceso, lo cual puede resultar más controvertido. El razonamiento es que debería permitirse al demandado defenderse de la demanda que se le hace, en circunstancias en las que el Estado que reclama sus activos aún no ha probado los hechos. Esto es muchas veces irritante para los Estados que buscan recuperar activos ilícitamente obtenidos. Si no son limitados, los abogados del demandado pueden gastar montos muy significativos. Recientemente, la justicia de Inglaterra se ha resistido a permitir el uso de fondos congelados cuando se reclaman esos activos (por ejemplo, una demanda de reclamar activos derivados de fondos públicos defraudados o de sobornos pagados a cambio del ejercicio favorable de funciones públicas). Cuando se trata de honorarios profesionales de sus abogados, los jueces exigen, primero, que los demandados demuestren que no cuentan con otros bienes para pagar los honorarios y, segundo, que tienen una explicación razonable de que los activos provienen de una fuente legítima. Cuando se permite el uso de los fondos, los tribunales pueden querer controlar los gastos. Los Estados demandantes también pueden reservarse el derecho de reclamar los montos cobrados por el abogado del demandado si finalmente se prueba que han sido obtenidos de un modo ilícito. Pero tener éxito en tales solicitudes es difícil, dado que deberá probarse la responsabilidad del abogado. Sin embargo, tal reserva de derechos puede en algunos casos forzar a los abogados del demandado a realizar una rigurosa investigación de su cliente con respecto al origen de los fondos de los cuales cobran sus honorarios[19].

[19] Tales investigaciones pueden tener un amplio efecto: en la etapa de medidas cautelares del proceso gran parte de la evidencia sobre el origen de los fondos es ofrecida mediante una declaración jurada. Un abogado que jura en una declaración en nombre de su cliente (como en general sucede) debe declarar verazmente los hechos conocidos.

IV. 8. Otras medidas cautelares

Las medidas cautelares comentadas más arriba son las que pueden resultar de mayor interés para un Estado que persiga la recuperación directa. Existen otras medidas, como las órdenes relativas a preservar evidencia y las declaraciones de testigos. Para un tratamiento más detallado deberían consultarse los manuales jurídicos relevantes[20].

IV. 9. Obligaciones del Estado que requiere información o el embargo de bienes

La obtención de información y el embargo de bienes son medidas drásticas. Ambas constituyen intromisiones muy significativas en el derecho a la privacidad del demandado y una restricción de su facultad de realizar transacciones con sus bienes, muchas veces en circunstancias en las que ningún tribunal encontró aún evidencia de corrupción contra él. Esto es particularmente cierto cuando tales órdenes se dictan sin el conocimiento del demandado, es decir, sin que haya tenido la oportunidad de confrontar las alegaciones. En estas circunstancias, el tribunal esperará que el requirente cumpla con una serie de requisitos, obligaciones y garantías:

1. El Estado demandante debe mostrar que tiene un caso sólido. Si bien este es un estándar relativamente bajo, requiere que el Estado cuente con alguna evidencia de que los activos en cuestión derivan de la corrupción, aunque muchas veces habrá que confiar en indicios derivados de información limitada (la omisión de revelar los activos en cuestión en declaraciones exigidas a los funcionarios públicos es muy significativa en esa etapa).

2. El Estado demandante debe demostrar que existe un riesgo real de que el demandado oculte sus activos para evitar el proceso. En los casos de corrupción, este requisito es autoevidente.

3. El Estado demandante tiene el deber de investigar los hechos adecuadamente y de presentar, de modo imparcial, la evidencia en la que se basa. Esto se conoce comúnmente como el deber de proveer

[20] Un resumen razonablemente comprehensivo puede consultarse en Nicholls, Daniel, Polaine y Hatchard, *Corruption and Misuse of Public Office,* Oxford University Press, Londres, 2006. Para un tratamiento detallado de las órdenes de congelamiento y otras medias provisionales, ver *Commercial Injunctions*, 5ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2004, por Stephen Gee QC.

información "completa y franca". Implica un deber de mostrar todas las cuestiones relevantes para la solicitud, incluyendo aquellas que sean adversas. En efecto, el Estado demandante debe hacer todo lo que pueda para anticipar y explicar cualquier defensa potencial a su demanda y cualquier vacío en la evidencia. El deber de proveer información "completa y franca" es considerado una obligación importante y, por ser una cuestión de interés público, su incumplimiento puede llevar al rechazo de una orden de congelamiento y a sanciones pecuniarias, aun si la orden hubiera sido concedida si todos los hechos hubieran sido informados[21].

4. El Estado demandante debe comprometerse ante el tribunal a compensar al demandado si el tribunal luego decide que la orden de proveer información o de embargo no debió haber sido concedida y el demandado ha sufrido un perjuicio. También deberá comprometerse a pagar los costos en que incurra todo tercero, tal como un banco, al cumplir con las órdenes emitidas por el tribunal, en particular las órdenes para proveer información documental.

5. Quien requiere una orden de embargo debe solicitarlo rápidamente una vez que cuenta con suficiente evidencia para justificar la inmovilización de los activos. El razonamiento es obvio: el requirente está afirmando que existe una necesidad urgente de que el tribunal emita una orden de embargo. Este argumento se debilita si el requirente demora significativamente en pedirlo. El deber de requerir el embargo rápidamente es muchas veces problemático para los Estados demandantes. Hay muchas razones por las cuales un Estado podría actuar lentamente: por ejemplo, el tiempo necesario para conducir las investigaciones, la falta de recursos, el desconocimiento de las opciones disponibles en los tribunales extranjeros, la burocracia y la resistencia política a realizar demandas contra actuales o ex funcionarios públicos. En la práctica, la demora en la solicitud no ha sido un impedimento significativo para obtener órdenes de embargo en los casos de corrupción, pero debe ser debidamente justificada.

6. Realizar cualquier otro compromiso que el tribunal pueda exigir. Tales compromisos pueden ser exigidos luego de que el tribu-

[21] Si bien, en la práctica, es improbable que un tribunal revoque una orden de congelamiento si ello llevara a la desaparición de los activos de un funcionario público corrupto. Si no se provee la información, es más probable que el tribunal penalice al Estado demandante con multas, salvo que el incumplimiento sea particularmente grave.

nal ha oído los argumentos del Estado demandante. Ejemplos de ello son: producir más evidencia, posiblemente reforzado mediante el compromiso de una autoridad de alta jerarquía del Estado demandante; obtener testimonios para atestiguar ciertos hechos; o iniciar un proceso en el Estado demandante contra el titular de los bienes.

De estos requisitos, el más costoso es la obligación de proveer información "completa y franca". Sin embargo, la obligación de proveer información completa y franca no surgirá si se pone en conocimiento al demandado de la solicitud antes de la audiencia (mediante notificación, o *inter partes* en la terminología de los tribunales). En estas circunstancias, el demandado podrá asistir al tribunal y formular consideraciones ante el juez, y el Estado demandante no tendrá ninguna obligación de plantear su caso ante él. Las solicitudes realizadas con el conocimiento del demandado serán apropiadas cuando los activos en cuestión ya hayan sido asegurados, por ejemplo, mediante órdenes de incautación obtenidas por un fiscal o la policía en el marco de una propia investigación penal o en virtud de una solicitud extranjera de asistencia mutua legal. Esta es otra situación en la que, en los países del *common law*, la coordinación de procedimientos penales y civiles puede ser sumamente efectiva.

V. El enjuiciamiento del caso

Una vez que el Estado demandante ha localizado e inmovilizado los activos del demandado y ha obtenido la evidencia para fundamentar su demanda, el objetivo será recuperar los activos. Si las alegaciones de corrupción están bien fundadas, esto se logrará mediante uno de los tres mecanismos considerados brevemente a continuación.

V. 1. Acuerdo

Congelar activos, obtener información de bancos y otros terceros y progresar en un caso hacia el juicio intensifica la presión sobre el demandado para llegar a un acuerdo. Por supuesto, el acuerdo será atractivo sólo para un demandado si con ello puede conservar parte de su patrimonio. Para el Estado demandante, el atractivo en llegar a un acuerdo dependerá de la solidez del caso y de los términos de la oferta. Por supuesto, los Estados son muchas veces renuentes a aceptar un acuerdo que les permitirá a los demandados retener parte de los activos ilícitos. Sin embargo, el acuerdo puede proveer una solución pragmática que evite un litigio prolongado y costoso al mismo tiempo que asegura el retorno de los fondos al erario público.

Los acuerdos en los cuales se renuncia a las demandas y persecuciones a cambio de la devolución del producto de la corrupción pueden ser muy relevantes en esta materia. En 1999, el gobierno militar interino que asumió el poder en Nigeria luego de la muerte de Abacha recuperó aproximadamente u$s 700 millones mediante acuerdos. Sin embargo, los acuerdos deben ser redactados cuidadosamente: es importante asegurar que el acuerdo no constituya una renuncia total y definitiva a todas las demandas, excepto que esta sea la intención. Los funcionarios públicos corruptos casi nunca son confiables cuando se trata de proveer información sobre sus bienes y es casi imposible identificar todos sus activos al momento del acuerdo. El Estado demandante debería asegurarse de que el acuerdo no impida la recuperación de otros activos que aparezcan posteriormente. Idealmente, el demandado, como parte del acuerdo, será obligado a informar todos sus bienes y la omisión de hacerlo habilitará otras acciones.

V. 2. Juicio sumario y sentencia por incumplimiento

La mayor parte de los sistemas jurídicos permite un proceso más corto, que no requiere atravesar todas las etapas procesales, cuando el demandado no tiene una defensa razonable para responder a la demanda. En los sistemas de *common law* esto se conoce como juicio sumario. Cuando la evidencia que apoya la posición del Estado demandante es sólida y la respuesta del demandado es débil, puede solicitarse el juicio sumario, que sólo prosperará si el demandado no tiene defensas que genuinamente generen disputas sobre los hechos.

En los casos de corrupción, los demandados casi nunca participan apropiadamente en el proceso. Las defensas generalmente consistirán en vagas afirmaciones de que los bienes tienen un origen legítimo. Pero no aparecerán ni las explicaciones precisas ni los documentos que serían aportados si las defensas fuesen ciertas. Algunos demandados proveen sólo la información necesaria para cumplir con las exigencias del tribunal; otros ni siquiera lo hacen. Los Estados demandantes generalmente obtendrán las órdenes necesarias para exigir información y documentos de los demandados explicando el origen de sus bienes. La omisión reiterada de obedecer estas órdenes puede llevar a una sentencia favorable al Estado por incumplimiento.

Si se obtiene una sentencia por estos medios, las vías recursivas normalmente disponibles pueden ser reducidas considerablemente.

V. 3. El juicio

En los sistemas de *common law*, el juicio es el momento en el que declaran los testigos y alegan las partes, luego de lo cual el tribunal decide el caso. Antes del juicio, las partes habrán cumplido con una agenda incluyendo el intercambio de evidencia documental y testimonial. En los sistemas de derecho continental, esta etapa se encuentra menos determinada. Pocos procesos civiles por hechos de corrupción llegan a una conclusión judicial definitiva: las partes tienden a llegar a un acuerdo o las defensas colapsan mucho antes de que el caso llegue a ser decidido.

En los casos con una dimensión internacional que llegan a juicio, el tribunal puede tener que realizar esfuerzos considerables para permitir que el juicio se lleve a cabo. Una ventaja del proceso civil es que, en general, el juicio puede realizarse sin que el demandado se encuentre físicamente presente en el tribunal (y de hecho los juicios pueden proseguir en ausencia de un demandado que decide no participar a último momento).

En el reciente caso contra el ex presidente de Zambia, doctor Frederick Chiluba y otros, el juez del Tribunal Superior inglés a cargo del caso designó a un funcionario judicial especial para que obtuviera evidencia en Zambia. Esto fue necesario debido a que el ex presidente había sido arrestado bajo cargos de corrupción y tenía prohibido salir del país. Sin perjuicio de ello, el ex presidente decidió no participar del proceso (y muchos otros acusados de Zambia sometidos a condiciones de fianza similares asumieron la misma posición). Sin embargo, el juez oyó testimonios de muchos otros testigos de Zambia mediante videos transmitidos durante el juicio.

Antes del juicio, los demandados argumentaron que el proceso civil en Inglaterra debería esperar el resultado de los procesos penales de Zambia, sobre la base de que las pruebas que ellos aportaran podrían ser autoincriminatorias y utilizadas contra ellos en los procesos penales en Zambia. Este argumento tenía algo de fuerza, pero hubiera causado un retraso sustancial. El juez inglés resolvió el incidente ordenando que la prueba producida en el proceso civil no pudiera ser usada ni estuviera disponible en los procesos penales, para lo cual requirió el compromiso del procurador general de Zambia de cumplir con esta orden[22].

[22] Para mayores referencias, ver el informe completo del caso Attorney-General for and on behalf of the Republic of Zambia and Meer Care and Desai

El juicio del ex presidente de Zambia demostró la flexibilidad inherente al procedimiento civil para la recuperación directa. Sin embargo, fue un caso muy costoso de llevar a juicio. De no haber sido por la generosa donación de Gran Bretaña y de Noruega, Zambia podría no haber contado con los recursos para llevar el caso que concluyó con una sentencia a su favor por sumas de aproximadamente u$s 45 millones[23].

V. 4. Tácticas dilatorias comunes

Los Estados demandantes deberán tener muy en cuenta que los demandados que efectivamente le han robado al Estado mientras se encontraban en el poder serán, por su propia naturaleza, personas poderosas e influyentes. Para retener sus activos ilícitos, ellos, o sus descendientes, y sus cómplices utilizarán los recursos a su alcance para debilitar la decisión política del Estado demandante de perseguirlos. Instruirán a sus abogados para que desplieguen toda táctica concebible para dilatar el proceso. En los casos de gran corrupción que involucran a funcionarios de alta jerarquía, ello en ocasiones se debe a la esperanza de que en el futuro un nuevo gobierno estará mejor predispuesto hacia el demandado, o a la creencia de que generar demoras y costos en definitiva convencerá al Estado demandante de aceptar un acuerdo que deje al demandado con una riqueza significativa. A veces es sencillamente terquedad o una aparente creencia de que los líderes políticos tienen el derecho de beneficiarse durante su mandato.

En nuestra experiencia, las típicas tácticas dilatorias incluyen: cuestionar la competencia del tribunal para juzgar el caso; distraer al tribunal argumentando que el Estado demandante no cumplió con las obligaciones impuestas para obtener órdenes de proveer

---

(a firm) and Ors (2007) EWHC 952 (Ch), para todas las herramientras procesales utilizadas por el juez para asegurar que el caso fuera oído. La defensa efectivamente abandonó el privilegio concedido por el juez con respecto a la autoincriminación al entregar el material potencialmente incriminatorio a la prensa.

23 Sobre el financiamiento de acciones de recuperación de activos ver Passas, Nikos, "UNCAC, Technical Assistance and Development Efforts"; Lugon-Moulin, Anne, "Asset recovery: Concrete Challenges for Development Assistance"; De Jong, Cornelis, "The Role of Donors"; Veglio, Petro y Siegenthaler, Peter, "Monitoring the Restitution of Looted State Assets: the Role of Multilateral Development Banks (MDB's)", todos en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, cap. V, Peter Lang AG, Berna, 2008.

información o de embargo *inaudita parte*; dilatar los plazos procesales alegando dificultades para dar instrucciones en asuntos supuestamente complejos; alegar la necesidad de obtener evidencia en el extranjero; argumentar que el demandado está demasiado enfermo para dar instrucciones o para participar del litigio (y los intentos de examinarlo por parte de médicos independientes serán invariablemente resistidos y dilatados, ¡inclusive con la sugerencia de que el acusado está demasiado enfermo como para consentir una evaluación independiente!); argumentar que el demandado ha tenido que esconderse para evitar la persecución política y que no puede dar instrucciones a sus abogados; controvertir la mayor cantidad de hechos posibles, sin importar cuán irrelevantes sean para la determinación del caso; apelar toda decisión adversa; obtener decisiones de tribunales locales complacientes para intentar impedir que el Estado demandante o el tribunal extranjero continúe con el caso; argumentar que el demandado no tiene fondos suficientes para defenderse adecuadamente y que se le está negando un juicio justo; o argumentar que el caso se motiva en cuestiones políticas. La actividad del Estado demandante y de sus abogados será atacada en todas las etapas del proceso. Intentar que un juicio de corrupción progrese frente a estas conductas es una experiencia frustrante. Sin embargo, los tribunales están cada vez más atentos a estas tácticas y es de esperar que eventualmente exijan a los demandados que participen adecuadamente en los casos bajo apercibimiento de una sentencia adversa si no lo hacen[24].

Los demandados también lucharán sus batallas en la prensa, tanto en su país como en el extranjero, acusando al gobierno del Estado demandante de perseguirlos políticamente; también pueden conseguir apoyo para sus campañas de organizaciones no gubernamentales complacientes. Incluso hay casos en los que el demandado ha concedido largas entrevistas a la prensa mientras sus abogados

[24] En mayo y junio de 2007, por ejemplo, el Superior Tribunal inglés falló a favor de Nigeria contra Joshua Dariye, en dos casos distintos, por su omisión de participar apropiadamente del proceso. En ambos casos, Dariye omitió cumplir con una serie de órdenes que le exigían proveer una explicación completa del origen de los activos reclamados por Nigeria en el proceso, y una defensa adecuadamente articulada con respecto a las acusaciones que se le hacían (sentencia del 17 de mayo de 2007 en Federal Republic of Nigeria v. Dagwan and Dariye HC06 CO454, del 7 de junio de 2007 en Federal Republic of Nigeria v. Dagwan and Dariye HC06 CO454, y del 7 de junio de 2007 en Federal Republic of Nigeria v Dariye and Dariye HC07 CO 0169).

aseguraban que estaba demasiado enfermo para proveerles instrucciones sobre los temas del caso.

V. 5. Repatriación de activos luego de la sentencia

El objetivo final de los Estados es recuperar los bienes que por derecho pertenece a sus ciudadanos. Esta es la razón por la cual se llevan a cabo los procedimientos civiles. Si el Estado tiene éxito en dichos procesos no debería haber ninguna duda de que los activos serán repatriados incondicionalmente al Estado demandante. Ese es el derecho de todo litigante civil exitoso. En los últimos años, se ha discutido mucho acerca de los intentos de las autoridades de los Estados en los que se encuentran los activos de imponer condiciones para la repatriación de esos activos a los Estados de los cuales habían sido ilícitamente obtenidos. Tales intentos generan fuertes sentimientos. Sin embargo, sólo han surgido cuando los activos han sido repatriados mediante los mecanismos de asistencia mutua legal. En los procesos civiles, esto no debería ser un problema, pues el Estado en el cual se llevan a cabo no tiene otro rol que el de asegurar que su sistema jurídico produzca un resultado transparente y justo.

Capítulo 6

Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito

Guillermo Jorge

I. Introducción

La asistencia judicial en materia penal se originó como una herramienta para decidir bajo qué condiciones un Estado debe cooperar con otro en la entrega de un fugitivo para ser juzgado en el territorio en el que cometió el delito. La mayoría de los principios que informan el derecho de extradición parten del presupuesto de que los Estados son unidades competitivas cuyos sistemas jurídicos operan en el ámbito local. En ese contexto, las condiciones para adoptar medidas coercitivas contra un extranjero lógicamente requieren un mínimo de principios comunes entre los Estados involucrados para evitar injusticias básicas (persecuciones políticas, condenas por conductas consideradas lícitas en el lugar en el que se desarrollaron) y, fundamentalmente, el respeto a diferentes sistemas jurídicos. Asimismo, la cooperación internacional en materia penal se ha basado tradicionalmente en tratados bilaterales, usualmente suscritos cuando surge algún interés específico para alguna de las partes, con una cobertura global muy deficiente.

Sin embargo, la combinación entre la liberalización global de los mercados financieros y la sofisticación de los instrumentos que permiten ocultar el origen de los bienes resultó en una baja de las tasas de procedimientos de extradición y en un alza considerable de los procedimientos de asistencia mutua para la obtención de pruebas en el extranjero. Ello se debió a que la posibilidad de ocultar evidencias en el exterior, combinada con un sistema de cooperación que no estaba preparado específicamente para la detección y decomiso de bienes, redujo los riesgos de una condena y, con ello, la necesidad de los imputados de abandonar su jurisdicción.

Como respuesta a estos problemas, en las últimas dos décadas las reglas de la cooperación internacional fueron objeto de tres cambios fundamentales. Por un lado, las reglas y principios de la asistencia mutua legal comenzaron a ser diferenciadas de las reglas específicas de la extradición. La globalización desplazó parcialmente la visión de Estados competitivos por una concepción más coope-

rativa, al menos en lo que respecta al control de las finanzas con origen en algunos mercados ilícitos a nivel global. De este modo, los tratados bilaterales comenzaron a ser reemplazados por convenciones con alcance universal para cooperar en la reducción de la acumulación de ganancias en mercados ilícitos específicos[1]. A diferencia de los tratados bilaterales que gobernaban las relaciones entre dos países para todos los asuntos de cooperación en materia penal, estos tratados rigen las relaciones de todos los Estados parte en relación con las conductas a las que el convenio obliga a criminalizar[2].

Por otra parte, la cooperación internacional en materia penal pasó de una perspectiva orientada a la persecución del sospechoso a una visión basada en la investigación, el embargo y el decomiso del producto del delito. En consecuencia, los nuevos tratados multilaterales generaron reglas de cooperación específicas para el decomiso del producto de los delitos cuya comisión se proponen reducir, obligando a los Estados a establecer sistemas locales tanto para el decomiso de bienes como para ejecutar órdenes de decomiso extranjeras[3].

Finalmente, la concepción de que en el marco de la globalización y liberalización económica los Estados no pueden continuar operando como unidades competitivas ha permitido orientar la cooperación internacional al establecimiento de vínculos directos y horizontales entre las distintas agencias del Estado con sus pares extranjeras (por ejemplo, entre los fiscales, entre los organismos policiales y, particularmente, entre las UIF). En este sentido, el intercambio de información financiera que se produce a nivel internacional entre las UIF permite que organismos que localmente pertenecen a la órbita de distintos poderes del Estado –algunas dependen del Poder Ejecutivo, otras son agencias policiales y, en algunos países, se trata de órganos judiciales– compartan información sensible (por ejemplo, protegida localmente por el secreto bancario) son sus pares en el extranjero.

[1] Por ejemplo, las drogas, la criminalidad organizada, el lavado de activos y la corrupción en Europa y en el sistema Interamericano.

[2] En este sentido, ver el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y los art.s 1 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[3] Ver el art. 5.4.a de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y el art. 13.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El capítulo se organiza del siguiente modo. En la primera parte se analizan los mecanismos de cooperación administrativa internacional, tanto en el ámbito de los organismos policiales (acápite II) como entre las UIF (acápite III). En la segunda parte se explica el sistema de cooperación judicial. Luego de introducir el sistema de la UNCAC y reseñar las reglas formales y los principios generales que rigen la cooperación (acápite IV. 1), se analizan las distintas etapas del proceso de recuperación de activos. En la etapa de investigación se desarrollan algunas de las medidas de investigación más usuales y se explica la cooperación espontánea. En la etapa de medidas cautelares se analiza el concepto de embargo preventivo y se explica el sistema de medidas cautelares en la asistencia mutua legal. En la etapa de decomiso se analizan los distintos sistemas que establece la UNCAC: ejecutar órdenes de decomiso extranjeras, ya sea reconociendo y ejecutando una orden de decomiso extranjera (acápite IV. 4. A. I) o transfiriendo procedimientos penales (acápite IV. 4. A. II) o emitir órdenes de decomiso locales, ya sea mediante el decomiso del producto de delitos determinantes extranjeros (acápite IV. 4. B. I) o mediante el decomiso del producto de delitos extranjeros basado en procedimientos distintos del juzgamiento (acápite IV. 4. B. II). La etapa de decomiso finaliza con una mención del decomiso sin condena penal. Finalmente, se desarrolla la última etapa del proceso de recuperación de activos: la disposición de los bienes decomisados.

II. Cooperación policial

El artículo 48.2 de la UNCAC recomienda a los Estados parte que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan la cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley[4].

[4] Art. 48.2, UNCAC: "Los Estados parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados parte interesados, los Estados parte podrán considerar que la presente Convención constituye la base para la cooperación recíproca en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados parte aprovecharán plenamente los acuerdos y arreglos, incluidas las organizaciones internacionales o regionales, a fin de aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley".

En este sentido, en el marco de la cooperación administrativa internacional se destaca, además de la cooperación entre UIF a la que se hará referencia en el siguiente acápite, el intercambio de información entre organismos policiales. En general, la policía tiene acceso a mayores bases de datos y recursos que le permiten analizar información a la que las UIF muchas veces no pueden acceder[5]. Es decir que si se establecieran vínculos de cooperación entre las agencias policiales, ello permitiría obtener información relevante, como antecedentes penales, prueba ofrecida voluntariamente e información de registros públicos (sociedades comerciales, datos del registro civil, bienes muebles e inmuebles o viajes) con una mayor rapidez y con menores costos y formalidades.

En la actualidad, muchos países han establecido mecanismos de cooperación policial internacional. En el ámbito europeo, el Tratado de Ámsterdam establece diversas medidas de cooperación policial en materia penal, entre las que se destaca la recolección, almacenamiento, procesamiento, análisis e intercambio de información relevante[6] –incluyendo la información que se encuentra en poder de los organismos policiales sobre reportes de operaciones financieras sospechosas–[7]. El intercambio de información se encuentra sujeto a las debidas disposiciones de protección de datos personales y, además, la declaración del Tratado establece que estas acciones de cooperación policial, incluida la de Europol, deben estar sujetas a la debida revisión judicial por parte de las autoridades nacionales competentes.

Las disposiciones citadas podrían entonces permitir, por ejemplo, que Europol contara con una base de datos centralizada de operaciones sospechosas. Sin embargo, debido a que las competencias de Europol se encuentran limitadas al lavado de dinero de sólo algunos de los delitos determinantes (terrorismo, narcotráfico y otras formas graves de delincuencia internacional)[8], para que este organismo funcione como enlace en el intercambio de información

5 La Europol, por ejemplo, tiene acceso a enormes bases de datos que contienen información potencialmente relevante para analizar reportes de operaciones financieras sospechosas. Cf. Stessens, Guy, *Money Laundering, A new international law enforcement model*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2000, ps. 264-265.

6 En particular a través de la Europol.

7 Art. K.2.

8 Art. 2 de la Convención de Europol, del 26 de julio de 1995.

financiera sobre operaciones sospechosas deberían modificarse sus competencias[9].

Los mecanismos de cooperación a nivel policial deben ser distinguidos de la cooperación que realizan entre sí las UIF que tienen carácter policial. En este último caso, la cooperación no forma parte del sistema de cooperación policial internacional que se desarrolla multilateralmente a través de Interpol o Europol, sino que se genera mediante tratados y acuerdos bilaterales.

Por el contrario, la cooperación estrictamente policial se desarrolla precisamente a través de dichos mecanismos multilaterales por medio de los cuales la policía de un país se contacta con la policía de otro país a través de los canales policiales clásicos (por ejemplo, Interpol) para transmitírsela luego a su UIF[10].

Al respecto, cabe destacar que Interpol ha desarrollado diversas herramientas referidas al control de la corrupción. En 1998, este organismo estableció un Grupo de Expertos sobre Corrupción, y actualmente está desarrollando un Departamento Anticorrupción y una Academia Anticorrupción. Entre los objetivos de estos organismos se destaca la recuperación de activos.

Con respecto al acceso a información relevante en materia de corrupción, Interpol está generando un sistema automático de búsqueda para la investigación del lavado de dinero denominado Sistema Automático de Interpol de Búsquedas sobre Blanqueo de Capitales (*Interpol Money Laundering Automated Search Service*, *IMLASS*). Este sistema compara automáticamente las consultas relacionadas con presuntos casos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo formuladas tanto por las UIF como por las unidades policiales de investigación del lavado de dinero con una base de datos que recopila información suministrada por todos los países miembros de la organización. Este mecanismo permitirá relacionar nombres de personas y empresas, direcciones, números de teléfono y datos que figuran en los documentos de identidad con las bases de datos de Interpol. Si se produce una coincidencia, se pondrá en conocimiento de ello al remitente y a la Oficina Central Nacional correspondiente.

Para mejorar el intercambio de información relativa al lavado de dinero, Interpol ha recomendado que las Oficinas Nacionales

9 Cf. Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 266.

10 Ídem, p. 266.

Centrales autoricen a las UIF de sus respectivos países o al organismo nacional encargado de investigar los delitos económicos a tratar por medio de Interpol la información relativa a los asuntos importantes[11].

El intercambio de información financiera a través de la cooperación estrictamente policial presenta el problema de que las UIF en general, se encuentran sometidas a reglas de secreto que no resultan compatibles con las reglas de amplia colaboración de Interpol. En sentido similar, la cooperación policial directa en principio no parece adecuada para el intercambio de información financiera, dado que las instituciones financieras suelen ser renuentes a que este tipo de información sea manejada por organismos policiales (una de las razones que motivan la creación de las UIF como organismos administrativos específicos). Por lo tanto, si bien estos sistemas pueden permitir un rápido intercambio de información, en lo que respecta a la información financiera su éxito dependerá en gran medida de si genera suficiente confianza para las instituciones financieras (lo cual puede lograrse, por ejemplo, estableciendo claramente el principio de especialidad).

III. Cooperación entre UIF

Un importante mecanismo de cooperación es la relación que establecen entre sí las UIF de distintas jurisdicciones, que consiste en el intercambio de información financiera mediante mecanismos rápidos e informales que en la mayor parte de los casos operan fuera del ámbito de la cooperación judicial en materia penal. En general, las UIF suscriben convenios de cooperación para facilitar el intercambio de información (memorandos de entendimiento).

El Grupo Egmont, que reúne a casi todas las UIF del mundo, ha diseñado un modelo de acuerdo para promover este tipo de cooperación. Dicho modelo promueve la cooperación espontánea y establece que las solicitudes deben contener un breve relato de los hechos e información sobre la identidad de las personas y sociedades involucradas, las transacciones o actividades sospechosas (incluso las cuentas bancarias), el *modus operandi* o las circunstancias de la transacción y la fuente de la investigación.

11 Resolución de la Asamblea General de Interpol, AG-2005-RES-12, disponible en *www.interpol.int/Public/ICPO/GeneralAssembly/AGN74/resolutions/AGN74RES12es.pdf.*

La CICAD también ha establecido reglas modelo para el intercambio de información entre las UIF, dentro las cuales se destaca la cooperación espontánea y el reconocimiento de los principios de especialidad y confidencialidad.

En el marco del vínculo que establecen las UIF, resulta necesario precisar si se trata de un mecanismo de cooperación estrictamente administrativo o si, en cambio, se trata de un mecanismo de cooperación judicial; pues no todas las UIF han sido establecidas como autoridades administrativas, sino que, en algunos países, sus funciones se encuentran a cargo de organismos judiciales, o incluso policiales. En el caso de los organismos judiciales, se entiende que no participan del intercambio de información que se realiza entre las UIF, dado que su carácter judicial les impide garantizar el uso limitado y confidencial de la información[12]. Con respecto a los organismos policiales, su participación en el intercambio de información puede ser caracterizada como administrativa dado que no se trata de un órgano judicial.

Las medidas de cooperación que pueden solicitarse a través de las UIF son aquellas que no implican el uso de coerción (típicamente, el intercambio de información).

Así y todo, los límites del intercambio de información entre las UIF requieren algunas precisiones, fundamentalmente con respecto a la posibilidad de utilizar la información obtenida mediante esta vía de cooperación en el ámbito de la persecución penal posterior.

En primer lugar, cabe destacar que en el marco de la asistencia entre las UIF no resulta necesario cumplir con el requisito de la doble incriminación. Ello se debe a que este tipo de cooperación se desarrolla en una etapa anterior a la persecución penal, en la cual, al no haberse iniciado una investigación judicial, es posible que el hecho no haya sido aún precisado. Es decir que el intercambio de información no se vincula con la investigación de individuos sospechosos de la comisión de un delito (cooperación judicial en materia penal), sino con la existencia de operaciones sospechosas (cooperación administrativa).

Sin embargo, el proceso de cooperación administrativa sí se encuentra limitado por otra regla: el principio de especialidad[13].

12 Cf. Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 262.

13 Se trata del Principio N° 11 de los principios sobre intercambio de información elaborados por el Grupo Egmont, disponibles en *www.egmontgroup.org/files/library_egmont_docs/princ_info_exchange.pdf.*

Esta regla no obstaculiza el intercambio de información en sí, sino en cambio los usos que pueden realizarse de la información una vez que ésta ha sido obtenida. En efecto, por aplicación del principio de especialidad, la UIF que recibe asistencia se compromete a utilizar la información sólo para realizar actividades de inteligencia –es decir, no con fines probatorios en el marco de una investigación penal– y a no transmitirle la información a ningún otro organismo. Ello permite equilibrar los intereses de investigar los delitos de lavado de activos con los intereses del sector financiero en términos de confidencialidad. A tal efecto, los acuerdos celebrados entre las UIF en muchos casos establecen expresamente la necesidad de contar con el consentimiento de la UIF requerida para utilizar la información con otro fin o para que la utilice otra autoridad[14].

El principio de especialidad refleja el hecho de que las UIF son organismos administrativos y que, por lo tanto, no operan en el marco de la persecución penal. Ello determina que la información que será utilizada en una investigación penal debe ser solicitada a través de los mecanismos formales de asistencia judicial en materia penal.

En consecuencia, el principio de especialidad también implica que las UIF no pueden solicitar información adicional sobre operaciones sospechosas luego de que se ha iniciado una investigación penal, en cuyo caso la solicitud debe formularse mediante la cooperación judicial.

Sin embargo, cabe destacar que en algunos casos sería un exceso de formalismo impedir que la información que se ha obtenido mediante la cooperación administrativa fuera utilizada como prueba en un proceso penal. Es por ello que el Grupo Egmont recomienda como práctica permitir esta posibilidad siempre que el Estado requerido haya prestado su consentimiento para que la información sea utilizada de ese modo.

Otra limitación importante en el ámbito de la cooperación administrativa entre UIF es la que deriva del principio de confidencialidad. En este sentido, dado que las UIF en general se encuentran sometidas a estrictas reglas de secreto, la solución en la mayor parte de los acuerdos de entendimiento es permitir que la UIF requerida provea la información siempre que la UIF requirente se encuentre

[14] Así lo establece, por ejemplo, el modelo elaborado por el Grupo Egmont. Ver Mejores Prácticas para el Intercambio de información entre UIF, en *www.egmontgroup.org/files/library_egmont_docs/best_practices.pdf.*

sometida localmente a cláusulas de confidencialidad igualmente estrictas.

Finalmente, la actuación de las UIF se limita a las facultades establecidas en el derecho interno, por lo que no prosperarán las solicitudes de medidas que la UIF requerida no esté autorizada a realizar. En el mismo sentido, el principio de reciprocidad determina que la UIF requerida puede negarse a tomar medidas que la UIF requirente no podría tomar según su derecho interno[15].

IV. Cooperación judicial: el sistema de la UNCAC

Las primeras convenciones internacionales que establecieron obligaciones relativas al decomiso del producto del delito establecían dos formas alternativas de cooperación. Por un lado, la ejecución por parte de un Estado de una orden de decomiso dictada en otro Estado. Por otra parte, el establecimiento de procedimientos locales en el Estado requerido tendientes a obtener el decomiso. Bajo estas convenciones, los Estados se obligaban a adoptar uno de dichos mecanismos alternativos[16].

Ese tipo de sistema de decomiso parecía resolver una cuestión importante: que los Estados tienen distintas percepciones acerca de cómo deben tratarse las solicitudes extranjeras de decomiso. De este modo, si un país considera que su rol en la asistencia mutua relativa al decomiso sólo tiende a extender la autoridad del Estado requirente, adoptará la primera alternativa (ejecutar una orden extranjera), y si considera que la afectación del derecho de propiedad en su jurisdicción requiere de una orden local, adoptará la segunda vía (procedimiento de decomiso local).

Sin embargo, el sistema también presentaba importantes desventajas[17]. En el caso de la primera alternativa (ejecutar una orden extranjera), la asistencia no tiene ninguna utilidad si el Estado requirente no puede perseguir al acusado (por ejemplo, por fuga o muerte). En cuanto a la segunda vía (procedimiento de decomiso local), la imposibilidad de ejecutar una orden de decomiso extranjera puede limitar la utilidad de la asistencia si los procedimientos loca-

15 Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 277.

16 Ver apartado IV. 1. B.

17 Cf. Claman, Daniel, "The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC", en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Berna, 2008, p. 343.

les de decomiso en el Estado requerido son demasiado costosos o si no permiten lidiar con complejas cuestiones de hecho y de derecho extranjeras.

Al respecto, la novedad que presenta la UNCAC[18] es que establece las mismas dos vías de asistencia mutua en materia de decomiso, pero en lugar de presentarlas como obligaciones alternativas, obliga a los Estados a prever ambos tipos de medidas. Es decir que, tanto en materia de decomiso como respecto de las medidas cautelares con miras al decomiso, los Estados deben poder ejecutar una orden extranjera, así como emitir una orden local. En cada solicitud específica de asistencia mutua, el Estado requerido podrá adoptar la vía que mejor se adapte a las circunstancias del caso.

A partir del acápite IV. 2 se desarrollará en detalle el sistema previsto en la UNCAC para cada etapa de la recuperación de activos: investigación, medidas cautelares, decomiso y repatriación del producto del delito[19].

Previo a ello resulta necesario describir las reglas formales y los principios generales que rigen en todas las etapas de la cooperación judicial prevista por la Convención, es decir, para la solicitud de medidas de investigación, medidas cautelares, órdenes de decomiso y repatriación.

IV. 1. Reglas y principios generales de la cooperación judicial

Las medidas que integran la cooperación judicial tendiente al decomiso del producto de los delitos de corrupción se encuentran sometidas a una serie de reglas formales que determinan, entre otras cosas, el derecho aplicable y los plazos de cumplimiento (apartado IV. 1. A).

Por otra parte, la nueva configuración de la asistencia judicial internacional en materia penal –establecida en tratados multilaterales orientados a prevenir y perseguir determinado tipo de delitos y que genera reglas específicas para investigar, embargar y decomisar el producto del delito– obliga a reconsiderar el contenido de algunos principios provenientes de la concepción clásica de la cooperación internacional. En este caso se hará referencia respecto a los derechos humanos y a los derechos de terceros de buena fe, así como a las causales que permiten y a las que no permiten denegar la coope-

[18] Arts. 54 y 55.

[19] Precisamente, el art. 46.3 de la UNCAC establece las distintas finalidades que puede perseguir la asistencia judicial recíproca, entre las cuales contempla medidas de investigación, medidas cautelares y la recuperación de activos.

ración: operaciones de pesca, doble incriminación, cuestiones tributarias y secreto bancario (apartado IV. 1. B).

IV. 1. A. Reglas formales

Con respecto al marco normativo aplicable, cabe destacar que la UNCAC establece que cuando un Estado parte supedita la adopción de las medidas de investigación, embargo y decomiso a la existencia de un tratado que no se ha establecido, la propia Convención opera como marco normativo aplicable para la adopción de dichas medidas[20].

Para los casos en que sí existe un tratado (ya sea bilateral o multilateral) que regule la asistencia judicial recíproca, la UNCAC establece que se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, excepto que los Estados convengan en aplicar las disposiciones de la Convención. Sin embargo, la UNCAC insta encarecidamente a los Estados a que apliquen la propia Convención si ello facilita la cooperación[21].

Sin perjuicio de este marco normativo general, la UNCAC también establece que la cooperación debe prestarse sobre la base del principio *locus regit actum*, es decir, en función de las disposiciones del derecho interno del Estado requerido[22]. El fundamento de esta regla es el principio de soberanía, que determina la necesidad de que la actividad estatal (como lo es la investigación de bienes y, claramente, el embargo y el decomiso) se realice según las normas de dicho Estado[23].

[20] Art. 55.6: "Si un Estado parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito".

[21] Art. 46.7: "Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación".

[22] Art. 55.4: "El Estado parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado parte requirente".

[23] En algunos países del *common law*, como Estados Unidos, puede aplicarse la normativa extranjera (principio *forum regit actum*) cuando se solicitan

Si bien todos los Estados parte de la UNCAC deben adoptar las medidas necesarias para poder inmovilizar, decomisar y repatriar el producto de los delitos de corrupción, el principio *locus regit actum* puede generar algunos problemas en la etapa previa de investigación, fundamentalmente debido a la necesidad de que el procedimiento de obtención de evidencia adoptado en el Estado requerido sea consistente con los procedimientos exigidos en el Estado requirente para incorporar prueba al proceso penal.

Además, esta regla puede generar diferencias cuando los Estados involucrados pertenecen a tradiciones jurídicas distintas, dado que, por ejemplo, las órdenes de proveer información –propias de muchos países del *common law*[24]– en general no se encuentran disponibles en los países de tradición continental. Pueden presentarse problemas similares ante la existencia de normativa diversa con respecto al secreto bancario, aunque en este caso la UNCAC provee una solución al impedir que las partes invoquen las leyes de secreto para denegar asistencia[25].

Finalmente, el principio *locus regit actum* explica varias de las causales que permiten denegar las medidas de cooperación previstas en la propia Convención y a las que se hará referencia más adelante: por ejemplo, la invocación de razones de orden público o los casos en los cuales el derecho interno impediría adoptar las medidas solicitadas aun en una investigación o proceso judicial local.

Con respecto a los plazos para el cumplimiento de las medidas de cooperación, cabe destacar que el procedimiento mediante el cual el Estado requerido verifica el cumplimiento de los requisitos de la medida y los trámites para su ejecución deben ser lo suficientemente rápidos como para asegurar la efectividad de la cooperación. Esto resulta particularmente importante en el caso de las medidas cautelares, dado que una demora excesiva podría permitirle a los autores de los hechos de corrupción dilatar el procedimiento o, lo que es peor, trasladar u ocultar los bienes ilícitamente obtenidos.

Es por ello que la UNCAC establece que el Estado requerido debe cumplir con la solicitud lo antes posible y teniendo en cuenta,

---

medidas de investigación, pero siempre se aplica el derecho local cuando se trata de medidas coercitivas (cf. Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 302).

[24] Se trata de las *disclosure orders*.

[25] Ver apartado IV. 1. B.

en la medida de lo posible, los plazos que fundadamente proponga que el Estado requirente[26].

IV. 1. B. Principios generales

Uno de los principios fundamentales de la cooperación judicial internacional en materia penal es el respeto al derecho internacional de los derechos humanos[27]. Si bien este principio no implica que el procedimiento por el cual se establece la admisibilidad de las solicitudes de asistencia internacional deba estar sometido a las reglas del debido proceso[28], sí determina que las medidas de investigación y las medidas cautelares que adopta un Estado a requerimiento de otro deben respetar los derechos humanos del mismo modo en que deberían ser respetados si el mismo tipo de medidas fueran adoptadas en un procedimiento local en el Estado requerido[29]. En consecuencia, los Estados son responsables por las violaciones a los derechos humanos que causen tanto por las medidas que soliciten como por las que apliquen a requerimiento de otro Estado[30].

Por otra parte, la UNCAC reconoce otro de los principios generales aplicables a la cooperación judicial internacional, al establecer que las disposiciones de la Convención relativas a las medidas de

[26] Art. 46.24: "El Estado parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud".

[27] Téngase presente que la CEDH ha establecido que la obligación de respetar los derechos humanos en el marco de la obtención de evidencia mediante la cooperación internacional se aplica tanto a los mecanismos judiciales como a la asistencia administrativa y policial (cf. CEDH, caso Funke v. Francia del 25 de febrero de 1993, en CEDH, Serie A N° 256-A, citado en Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 257).

[28] Stessens sostiene esta posición basándose en que le CEDH estableció este estándar con respecto al derecho de defensa cuando se trata de procedimientos de extradición, por lo cual debería seguirse la misma conclusión con respecto a los procedimientos de asistencia mutua. Ver Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 256.

[29] Así lo ha sostenido la CEDH en los casos X, Y y Z v. Austria del 5 de febrero de 1973, en Colección de Decisiones (43), p. 38 y en R. v. Austria del 6 de marzo de 1989, en Colección de Decisiones (60), p. 201, citados por Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 255.

[30] Cf. jurisprudencia de la CEDH citada por Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 257.

investigación, embargo, incautación y decomiso "no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe"[31]. A tal efecto, los Estados deben garantizar que los terceros de buena fe puedan participar de los procedimientos (fundamentalmente, del procedimiento de decomiso) para reclamar el respeto a sus derechos sobre los bienes en cuestión.

Más allá del respeto a los derechos humanos y a los derechos de terceros de buena fe, este apartado se propone analizar los principios generales que determinan si un Estado requerido puede denegar la asistencia internacional o si, en cambio, algunas de las reglas clásicas de la cooperación en materia de extradición deben ser revisadas cuando se trata de la asistencia mutua tendiente a la investigación, el embargo, el decomiso y la repatriación de bienes que constituyen el producto de la corrupción.

Al respecto, la UNCAC establece una serie de causales que permiten rechazar la solicitud de medidas de cooperación[32], a saber:

a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en la propia Convención.

b) Cuando el Estado parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales.

c) Cuando el derecho interno del Estado parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia.

d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

La denegación debe fundamentarse debidamente, pero antes de denegar una solicitud, el Estado requerido debe consultar al Estado requirente para considerar la posibilidad de prestar la asistencia solicitada supeditándola a determinadas condiciones, en cuyo caso el Estado requirente deberá cumplir con dichas condiciones[33].

Sin perjuicio de las causales establecidas en la UNCAC, los Estados requeridos suelen utilizar otros argumentos para rechazar solicitudes de asistencia internacional.

31 Art. 31.9.

32 Art. 46.21.

33 Art. 46. 23 y 26, UNCAC.

Si bien no se trata de un principio general de la cooperación internacional en materia penal, sino en cambio de una regla que aplican algunos países, cabe destacar que uno de los argumentos más utilizados para denegar asistencia es el que refiere a las denominadas "operaciones de pesca".

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el principio de especialidad, ya mencionado en el marco de la cooperación administrativa[34], también limita la cooperación judicial.

Otro de los argumentos que resulta necesario analizar en el marco de la denegación de cooperación internacional es el de la doble incriminación[35]. La cooperación internacional clásica, centrada en la extradición de fugitivos, exigía como requisito ineludible la doble incriminación de la conducta, es decir, que la conducta del sospechoso cuya extradición se solicitaba estuviera tipificada como delito del mismo modo, o de modo muy similar, tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido. Por otra parte, el principio de la doble incriminación funciona como condición de la jurisdicción de un Estado para juzgar y castigar un hecho cometido en otro Estado[36]. En este caso, el principio opera como garantía del principio de legalidad en materia penal.

Ahora bien, en el marco de la asistencia judicial recíproca, el requisito de la doble incriminación se relaciona con la posibilidad de que un Estado adopte medidas a requerimiento de otro Estado (investigación, embargo, decomiso y repatriación). En consecuencia, será necesario determinar qué tipo de medidas comprometerían el principio de legalidad en ausencia de doble incriminación y, en cambio, qué medidas pueden adoptarse en ausencia de doble incriminación sin que ello lesione derechos fundamentales.

Pero, además, será necesario establecer si la doble incriminación implica la existencia de una misma calificación jurídica, o si basta con que la conducta se encuentre tipificada como delito en ambas

34 Ver acápite II.

35 El requisito de la doble incriminación puede resultar un obstáculo en las investigaciones por enriquecimiento ilícito (muchos países no lo prevén como delito debido a su dudosa constitucionalidad), tráfico de influencias, delitos tributarios (pueden estar previstos sólo como infracciones administrativas), o soborno en el sector privado. Cf. Schmid, Jean-Bernard, "Seizure", en Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets*, cit., p. 239.

36 Cf. Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 287.

jurisdicciones[37]. Al respecto, la UNCAC ha adoptado la segunda posición, al establecer que "en cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados parte, independientemente de si las leyes del Estado parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado parte requirente"[38].

Con respecto a la determinación de las medidas que requieren doble incriminación, la Convención reconoce que los Estados pueden denegar la asistencia invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, obliga a los Estados a prestar asistencia aun en ausencia de doble incriminación cuando se trate de medidas no coercitivas y siempre que ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico[39]. Es decir que la ausencia de doble incriminación no impide la cooperación cuando se solicitan medidas no coercitivas (como lo son, típicamente, las medidas de investigación)[40]. De todos modos, aun en estos casos la UNCAC permite que los Estados denieguen la asistencia si se trata de asuntos insignificantes o de cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la Convención.

Sin embargo, en ausencia de doble incriminación, la UNCAC insta a los Estados a tener en cuenta la finalidad de la propia Convención y recomienda considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia[41].

Finalmente, la UNCAC excluye expresamente a otros dos obstáculos que tradicionalmente solían utilizarse como argumentos para denegar la cooperación: las cuestiones tributarias y el secreto bancario.

[37] También debe determinarse si la doble incriminación se entiende cumplida en abstracto o en concreto, es decir, si requiere no sólo que la conducta constituya un delito en ambos países sino, además, que sea punible en ambos países. La UNCAC no contiene ninguna disposición al respecto.

[38] Art. 43.2.

[39] Art. 46.9.b.

[40] Debe destacarse que, en Suiza, las medidas coercitivas que requieren que exista doble incriminación incluyen el levantamiento de la confidencialidad bancaria (cf. Capus, Nadja, "Country Report: Combating money laundering in Switzerland", en Pieth, Mark y Aiolfi, Gemma (eds.), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering,* Edward Elgar, Reino Unido, 2004, p. 161).

[41] Art. 46.9.a y c.

Como ya se indicara, la cooperación internacional clásica partía de la premisa de que los Estados son unidades competitivas cuyos sistemas jurídicos sólo operan en el ámbito de su soberanía local. Una de las derivaciones de esta concepción es que los Estados no se encuentran obligados a cooperar internacionalmente cuando la solicitud de asistencia se refiere a un delito fiscal[42], una causal de denegación que le permite a los Estados "proteger los intereses económicos de su sector financiero"[43].

Sin embargo, esta limitación no parece adecuarse a los desarrollos que ha tenido y que requiere la cooperación judicial internacional en un mundo globalizado en el cual los instrumentos financieros permiten que el producto de la corrupción y de otros delitos graves sea fácilmente transferido y ocultado más allá de las fronteras nacionales. En efecto, en un mundo que casi por completO acepta los principios del libre comercio, "resulta difícil determinar a qué otros intereses sirve esta excepción que no sea a los intereses de las jurisdicciones que desean ser utilizadas como paraísos fiscales en los cuales los ciudadanos de otros países pueden ocultar ingresos que no han declarado ante sus autoridades impositivas"[44].

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la UNCAC dispone expresamente que "los Estados parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias"[45].

Otro de los argumentos a los que suele recurrirse en la práctica internacional para denegar la cooperación judicial es la existencia de leyes de secreto bancario[46]. Al respecto, la UNCAC dispone que "los Estados parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo"[47], es decir, en el marco de la asistencia judicial recíproca.

42 En este sentido, ver el art. 18.1.d de la Convención de Estrasburgo.

43 Cf. Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 299.

44 Ídem, p. 300.

45 Art. 46.22.

46 Ver el capítulo 2 acerca del funcionamiento del secreto bancario en los centros *offshore* y las estrategias unilaterales que utilizaba Estados Unidos para acceder a información financiera protegida por la normativa de dichos centros.

47 Art. 46.8. En igual sentido, ver el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y el art. 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

A continuación se detalla el sistema previsto en la UNCAC para cada etapa de la recuperación de activos: investigación, medidas cautelares, decomiso y repatriación del producto del delito.

IV. 2. Investigación

IV. 2. A. Medidas de investigación de la UNCAC

La UNCAC establece un deber genérico de cooperación en materia de investigación, al disponer que

"A raíz de una solicitud presentada por otro Estado parte que tenga jurisdicción para conocer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención, el Estado parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado parte requerido"[48].

Específicamente, la UNCAC establece una serie de medidas que pueden solicitarse para realizar una investigación sobre los bienes susceptibles de decomiso[49], a saber:

a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;

b) Presentar documentos judiciales;

c) Efectuar inspecciones;

d) Examinar objetos y lugares;

e) Proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;

[48] Art. 55.2, UNCAC. En sentido similar, en el ámbito interamericano se ha dispuesto que "los Estados parte a solicitud de otro Estado tomen oportunamente todas las medidas apropiadas, con apego a sus leyes y los instrumentos internacionales aplicables, a fin de rastrear e identificar el dinero producto de actividades ilícitas, propiciando oportunamente el levantamiento del secreto bancario y la aplicación de medidas cautelares para evitar el ocultamiento de fondos", Plan de Acción de Managua sobre medidas concretas adicionales para aumentar la transparencia y combatir la corrupción en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobado en la cuarta sesión plenaria, 9/7/2004).

Ver también el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

[49] Art. 46.3, UNCAC.

f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;

g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;

h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado parte requirente;

i) Prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado parte requerido; y

j) Identificar y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la Convención.

Sin perjuicio de estas medidas concretas, la Convención establece el principio de la máxima cooperación posible, al disponer que los Estados deben prestarse la más amplia asistencia judicial recíproca conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado parte requerido[50]. En el mismo sentido, la UNCAC establece que los Estados deben prestarse la más amplia cooperación y asistencia entre sí con respecto a la restitución de activos[51].

A continuación se detallan algunas de las medidas de investigación[52].

– Solicitud de documentación[53]

En relación con la facilitación de documentos, el Estado requerido debe suministrar una copia de toda documentación o dato que, según su derecho interno, sea de acceso público. Con respecto a la información que no es de acceso público, el Estado requerido puede decidir discrecionalmente si la suministra o no y bajo qué condiciones.

[50] Art. 46.1 y 2, UNCAC.

[51] Art. 51, UNCAC.

[52] Los estándares que rigen las medidas de investigación varían según el país de que se trate. Así, por ejemplo, en Estados Unidos los tribunales consideran diversos factores cuando se trata de obtener una declaración testimonial no voluntaria o la producción de evidencia, a saber: la probabilidad de que el proceso penal en el extranjero sea de buena fe, si la evidencia solicitada se enmarca o no en dicha procedimiento y si el Estado requirente honraría una solicitud similar por parte de Estados Unidos. En cuanto a la obtención de órdenes de allanamiento, las solicitudes de cooperación deben superar el estándar de la "causa probable". Cf. Low, Lucinda A.; Tillen, James G.; Abendschein, Karl y Fisher-Owens, Daniel M., "Country Report: the US anti-money laundering system", en Pieth y Aiolfi (eds.), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering,* cit., ps. 375-376.

[53] Art. 46.29, UNCAC.

– Traslado de personas detenidas o condenas[54]

Cuando un Estado solicita el traslado de una persona detenida o condenada en otro Estado para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener evidencias, se exige que la persona, debidamente informada, otorgue su libre consentimiento y que las autoridades competentes de ambos Estados parte están de acuerdo.

El Estado requirente tiene la obligación de mantener a la persona detenida, salvo que el Estado requerido solicite o autorice otra cosa y, además, debe cumplir sin dilación la obligación de devolverla, no pudiendo exigir que se inicie un procedimiento de extradición. La persona trasladada no puede ser enjuiciada, detenida, condenada, ni sometida a ninguna otra restricción a su libertad personal en el Estado requirente por delitos cometidos antes de su traslado, a menos que el Estado requerido preste su conformidad para ello.

Finalmente, la Convención dispone que el tiempo que la persona permanece detenida en el Estado requirente se computa como parte de la pena.

– Declaración de testigos y peritos[55]

Ante la solicitud de que se traslade a una persona de un Estado a otro para prestar declaración como testigo o perito, el Estado requerido puede, a solicitud del Estado requirente, permitir que la persona declare mediante una videoconferencia. Los Estados pueden convenir que la audiencia esté a cargo de alguna autoridad judicial del Estado requirente y que asista a ella una autoridad judicial del Estado requerido.

– Técnicas especiales de investigación

El artículo 50 de la UNCAC prevé la utilización de técnicas especiales de investigación como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, e incluso establece que los Estados deben celebrar acuerdos para utilizar estas técnicas en el marco de la cooperación.

IV. 2. B. Cooperación espontánea

En los últimos años ha ido desarrollándose la práctica de la cooperación espontánea, es decir, la asistencia judicial que se produce

[54] Art. 46.10, 11 y 12, UNCAC.

[55] Art. 46.18, UNCAC.

sin que exista una previa solicitud por parte del Estado afectado, de modo tal que cuando un Estado obtiene información sobre el producto de un delito que ha sido cometido en otro Estado, se lo comunica espontáneamente.

Esta práctica se enmarca dentro de la reciente tendencia de la cooperación judicial internacional a que los Estados se vinculen mediante relaciones de cooperación dirigidas a prevenir y perseguir determinados delitos de alcance global y, más específicamente, a embargar, decomisar y repatriar el producto de dichos delitos.

En este sentido, la cooperación espontánea permite que los países a los que se han transferido las ganancias ilícitas provenientes de hechos de corrupción puedan informar de ello a los países víctima, los cuales en muchas ocasiones carecen de los elementos de convicción suficientes como para iniciar una investigación o un proceso que les permitan solicitar la asistencia de otras jurisdicciones en materia de localización, congelamiento y decomiso de los bienes.

Es por ello que la UNCAC expresamente prevé la cooperación espontánea, al recomendar que "sin perjuicio de lo dispuesto en su derecho interno, cada Estado parte procurará adoptar medidas que lo faculten para remitir a otro Estado parte que no la haya solicitado, sin perjuicio de sus propias investigaciones o actuaciones judiciales, información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado parte destinatario a poner en marcha o llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales, o que la información así facilitada podría dar lugar a que ese Estado parte presentara una solicitud con arreglo al presente capítulo de la Convención"[56].

La cooperación espontánea puede permitir que, en el nivel de la cooperación administrativa entre las UIF o entre los organismos policiales, "se incremente la temprana detección de hechos de corrupción o se desarrollen investigaciones en curso", aunque el

[56] Art. 56. Esta cláusula se complementa con las disposiciones de la UNCAC relativas a la asistencia judicial recíproca, en cuanto establecen que "sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado parte con arreglo a la presente Convención" (art. 46.4).

carácter no obligatorio de la medida y, por lo tanto, la ausencia de un marco normativo preestablecido podría dificultar la cooperación cuando los Estados efectivamente quieran proveer información espontáneamente[57].

Para que la cooperación espontánea sea realmente eficaz, las UIF, los organismos policiales, el Ministerio Público y el Poder Judicial deberían informar a las autoridades extranjeras en forma directa e incluso mediante vías informales.

Por otra parte, debe tenerse presente que el intercambio espontáneo de información sólo será de utilidad si el Estado informante puede asumir la jurisdicción sobre el hecho (por ejemplo, iniciando una investigación por lavado de activos) para inmovilizar y decomisar los bienes, o si, alternativamente, se inicia un proceso de asistencia judicial recíproca en cuyo marco el Estado víctima pueda solicitar medidas para congelar, decomisar y repatriar los bienes.

IV. 3. Medidas cautelares

Un complemento central de la política tendiente a privar a los autores de los delitos de corrupción del producto de su conducta ilícita es la regulación y adopción de medidas cautelares para embargar, incautar o de otro modo inmovilizar los bienes con miras a su decomiso.

Una de las vías que permiten adoptar medidas cautelares sobre los bienes que constituyen el producto o los instrumentos de delitos de corrupción es la propia legislación interna de los Estados[58], lo cual se vincula particularmente con las medidas de inmovilización de bienes que adoptan los Estados a raíz de un reporte de operaciones sospechosas.

La segunda vía que permite la adopción de este tipo de medidas es la asistencia mutua legal, a la que se hará referencia a continuación.

[57] Cf. Claman, "The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC", cit., ps. 348-349.

[58] En este sentido, el art. 31.2 de la UNCAC exige a los Estados parte que adopten "las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente art. [producto e instrumento del delito] con miras a su eventual decomiso".

IV. 3. A. Embargo preventivo

La UNCAC define al embargo preventivo o incautación como "la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente"[59].

Es decir que esta medida se caracteriza porque:

a) Recae sobre bienes.

b) Establece:

– una prohibición de disposición jurídica,

– una prohibición de disposición material,

– una prohibición de traslado físico ,

– el deber de custodiar.

c) Es temporal.

d) Requiere la orden de un tribunal u otra autoridad competente.

El embargo recae sobre bienes, es decir que no requiere que se particularice a un individuo sobre el cual se aplicará. En consecuencia, es posible embargar bienes en las etapas preliminares de una investigación. También debe tenerse en cuenta que es posible establecer un deber de custodia sobre una persona ajena al hecho de corrupción –como una institución financiera–.

El embargo es de carácter temporal: las prohibiciones impuestas no se extienden indefinidamente, sino que se mantienen durante un plazo razonable, lo cual no impide que la medida sea renovada[60].

Esta medida cautelar puede ser adoptada por decisión de un tribunal, o bien de otra autoridad competente, es decir que no necesariamente requiere la intervención del Poder Judicial.

Los elementos que deben ser acreditados para la procedencia del embargo dependen del tipo de decomiso de que se trate. En el caso del decomiso objetivo, resultará necesario acreditar un vínculo entre el hecho ilícito y el bien, mientras que en el caso del decomiso sobre el valor será necesario probar la comisión de un hecho ilícito y que éste haya generado ganancias en general respecto de una persona. Estos estándares constituyen la "verosimilitud del derecho".

[59] Art. 2.f.

[60] "En los travaux préparatoires se consignará el entendimiento de que la palabra 'temporal' abarca el concepto de renovabilidad", Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatories*) de la negociación de la UNCAC, Asamblea General de la ONU (doc. A/58/422/Add. 1), art. 2, ap. f, en *www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf.*

Por otra parte, deberá acreditarse el "peligro en la demora" o "riesgo de disipación de los bienes", esto es, que si no se adopta una medida inmediata los bienes probablemente serán transferidos y se perderá su rastro. Cabe destacar que el peligro en la demora es particularmente alto cuando los bienes en cuestión constituyen dinero depositado en una cuenta bancaria.

IV. 3. B. Las medidas cautelares en la asistencia mutua legal

Un aspecto central en la cooperación internacional es la posibilidad de ejecutar una medida cautelar dictada en un país extranjero evitando que los bienes sean transferidos u ocultados. En muchas ocasiones, los esfuerzos para recuperar el producto de la corrupción han fallado debido a la falta de procedimientos internacionales específicos para adoptar medidas cautelares dictadas en el extranjero y a la imposibilidad de ordenar la ejecución de una medida cautelar en el extranjero. Precisamente, el objetivo de la cooperación internacional en este ámbito es que los Estados puedan ejecutar medidas cautelares sobre bienes situados en el extranjero.

El artículo 54 de la UNCAC constituye una de las reglas más avanzadas en esta tendencia[61], al establecer que cada Estado parte:

"a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal o autoridad competente de un Estado parte requirente que constituya un fundamento razonable para que el Estado parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una solicitud que constituya un fundamento razonable para que el Estado parte requerido

61 Debe recordarse que el art. 46 de la UNCAC, al regular la cooperación judicial, establece el deber de asistencia judicial recíproca en este punto, al disponer que "La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente art. podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes: (…) c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos (…) j) Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención".

considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo".

De este modo, los Estados deben facultar a una autoridad local para que ejecute una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal u otra autoridad competente extranjera o para que emita su propia orden a solicitud de otro Estado[62]. Es decir que el Estado requerido puede cumplir con esta obligación estableciendo un procedimiento en el que se reconozca y se ejecute una orden extranjera, o bien utilizando una solicitud extranjera como base en un proceso ante sus propios tribunales[63]. Así, por ejemplo, en Estados Unidos puede realizarse un procedimiento local en el que se efectiviza la medida cautelar y que tiene como finalidad el decomiso de los bienes cuando existe un fundamento razonable de que el Estado requirente emitirá una orden de decomiso definitiva y ejecutable[64].

La UNCAC establece que el Estado requirente debe demostrar que existen razones suficientes para adoptar las medidas y que los bienes serán objeto de una orden de decomiso. Además, el artículo 55 de la Convención dispone que la medida puede ser denegada o levantada si no se proveen pruebas suficientes para su procedencia. Ello significa que el Estado requirente debe haber iniciado un procedimiento en el que haya recabado elementos suficientes que justi-

62 Independientemente del proceso que elija cada país, la solicitud debe ser efectivizada con la máxima celeridad posible. En este sentido, se ha considerado que "El proceso de solicitar y obtener asistencia legal extranjera es lento, y en algunos casos esto permite que los responsables continúen transfiriendo los bienes antes de que pueda obtenerse una orden de embargo. La comunidad internacional ha respondido con medidas de embargo rápidas que impiden transferencias posteriores, pero el problema básico sigue existiendo", Caja de Herramientas Anticorrupción de la ONU, p. 638.

63 "Los Estados parte podrán optar por establecer procedimientos ya sea para reconocer y ejecutar una orden extranjera de embargo preventivo o incautación o para utilizar una orden de esa índole como base para procurar que sus propios tribunales dicten una de esas órdenes", Notas interpretativas para los documentos oficiales *(travaux préparatories*) de la negociación de la UNCAC, Asamblea General de la ONU (documento A/58/422/Add. 1), art. 54, párrafo 2, apartado a, disponible en *www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf.*

64 GAFI, Tercer Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en Estados Unidos, p. 264, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/44/9/37101772.pdf.*

fiquen la adopción de la medida cautelar y que sirvan de base para continuar una investigación que finalmente determine el decomiso de los bienes. En consecuencia, se trata de medidas que podrían ser adoptadas según el derecho interno del Estado requirente por parte de sus autoridades competentes si los bienes no se encontraran en el extranjero. De todos modos, al evaluar el cumplimiento de los requisitos de "verosimilitud del derecho" y "peligro en la demora", deben tenerse en cuenta las dificultades probatorias que surgen precisamente del hecho de que los bienes se encuentran en una jurisdicción extranjera.

Otro de los requisitos establecidos en la UNCAC es que los bienes no sean de escaso valor[65]. Al respecto, deberá tenerse en cuenta la importancia que tenga el caso para el Estado requirente. La experiencia demuestra que hay bienes de escaso valor relativo cuya recuperación puede de todos modos tener un alto impacto político si constituyen las ganancias de un líder públicamente conocido por sus actividades ilícitas. Además, el Estado requerido debe consultar al Estado requirente acerca de si el valor de los bienes es el mínimo, o bien establecer un plazo para que el Estado requirente presente más elementos probatorios[66]. Finalmente, se exige cierta proporcionalidad entre el monto embargado y el eventual decomiso que correspondería.

Debe tenerse en cuenta que, debido a que la normativa aplicable es el derecho interno, podría presentarse un problema si el Estado requirente solicita la medida para procurar el decomiso objetivo y el Estado requerido sólo prevé el decomiso sobre el valor o viceversa. En el primer supuesto, el Estado requerido no podrá embargar los objetos que constituyan el producto del delito. En el segundo caso, carecerá de medidas para actuar sobre los bienes que no hayan sido obtenidos ilícitamente[67].

65 Art. 55.7.

66 "Consultará al Estado parte requirente sobre si el valor de los bienes es de minimis o sobre formas de respetar los plazos para la presentación de pruebas suplementarias", Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatories*) de la negociación de la UNCAC, Asamblea General de la ONU (doc. A/58/422/Add. 1), art. 55, párr. 7, disponible en *www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf.*

67 Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 373.

IV. 3. C. Ejecución de medidas cautelares alternativas al embargo preventivo

La UNCAC recomienda a los Estados parte que adopten otras medidas preventivas subsidiarias para asegurar la ejecución del decomiso. Al respecto, el artículo 54 dispone que cada Estado parte:

"c) Considerará la posibilidad de adoptar otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo, sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes".

Constituyen medidas subsidiarias: el secuestro, las órdenes de restricción, la intervención judicial o la inhibición general.

La existencia de órdenes extranjeras de detención o de inculpación ya de por sí implica que se han obtenido determinados elementos probatorios en el marco del procedimiento penal que se lleva a cabo en el Estado requirente. Sin embargo, estas medidas proceden incluso si el imputado se encuentra rebelde o si posee algún tipo de inmunidad que impida el avance de la investigación penal.

IV. 3. D. Formalidades de la solicitud

La UNCAC establece que las solicitudes deben contener:

"c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas, así como, cuando se disponga de ella, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso en la que se basa la solicitud"[68].

En consecuencia, las solicitudes deben contener:

a) La exposición de los hechos.

b) La descripción de las medidas solicitadas.

c) Una copia de la orden de decomiso, cuando sea posible.

De todos modos, el Estado requerido puede solicitar mayor información para la ejecución de las medidas.

Por otra parte, algunos países han flexibilizado estos requisitos: Suiza, por ejemplo, puede adoptar medidas provisionales a pedido de Estados Unidos antes de que se realice una solicitud formal[69].

[68] Art. 55.3.c. En similar sentido, ver el art. 27 de la Convención de Estrasburgo y el art. 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[69] Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 285.

IV. 3. E. Levantamiento de medidas cautelares

Las medidas cautelares son de naturaleza transitoria. Por lo tanto, en determinadas circunstancias resulta razonable dejarlas sin efecto. Esto garantiza que no se dicte una medida cautelar por tiempo indeterminado, pues ello podría lesionar el derecho de propiedad privada y generar responsabilidad para el Estado requerido.

Al respecto, el artículo 55 de la UNCAC establece que antes de levantar una medida "el Estado parte requerido deberá, siempre que sea posible, dar al Estado parte requirente la oportunidad de presentar sus razones a favor de mantener en vigor la medida".

IV. 4. Decomiso

En muchas ocasiones, los esfuerzos para recuperar el producto de la corrupción han fallado debido a la falta de procedimientos internacionales específicos para adoptar medidas cautelares o para ejecutar órdenes de decomiso extranjeras. En otros casos, países de tradiciones jurídicas distintas han encontrado dificultades para conciliar sus procedimientos para ejecutar sentencias extranjeras o para emitir órdenes de decomiso.

Muchas de tales dificultades han estado enraizadas en la doctrina jurídica por la cual, siendo el derecho público una expresión de soberanía, los países no ejecutan el derecho público de otro país, especialmente el derecho penal. En el caso de las órdenes de decomiso extranjeras, se negaba todo efecto extraterritorial debido a la asociación histórica entre el decomiso y la nacionalización de propiedad privada y el carácter político de dichas medidas, normalmente dictadas por el ejecutivo o el legislativo del Estado requirente.

Como ya se indicara, la tendencia creciente hacia una política de control del delito basada en privar a los delincuentes del fruto de sus delitos fue poco a poco reemplazando aquellos argumentos y creando el consenso necesario para profundizar los mecanismos de cooperación internacional.

Las disposiciones de la UNCAC al respecto constituyen una de las reglas más avanzadas en esta tendencia. Apuntando a superar los obstáculos históricos para recuperar el producto de la corrupción, exige a los Estados parte que establezcan distintos procedimientos para que pueda decomisarse el producto de la corrupción generada en otro Estado parte[70]. Dado que el Estado requirente podría perte-

[70] Art. 54.1.

necer a una tradición jurídica diferente, la Convención exige que los Estados puedan cooperar con los distintos escenarios que el Estado requirente presente.

Como se indicara más arriba, la UNCAC establece que los Estados parte deben adoptar dos vías para permitir el decomiso del producto de la corrupción: ejecutar una orden de decomiso dictada en el extranjero y dictar órdenes de decomiso locales. Si bien estas medidas no son alternativas –los Estados deben prever ambas posibilidades– el Estado requerido podrá adoptar la vía que mejor se adapte a las circunstancias de cada caso concreto.

En tal sentido, el artículo 54 de la UNCAC establece la ejecución de órdenes de decomiso extranjeras (párr. 1.a) y el dictado de órdenes de decomiso locales posteriores a un delito local o por un delito extranjero, pero basado en procedimientos autorizados en el derecho interno (párr. 1.b).

Además, el artículo 55 de la Convención exige que los Estados cuenten con procedimientos específicos aplicables cuando reciben una solicitud para reconocer y ejecutar órdenes de decomiso extranjeras. Según el párrafo 1.a, los Estados parte que reciban una solicitud para decomisar el producto de la corrupción que se encuentre en su territorio deberán remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento (un modo de transferencia de procedimientos). Según el párrafo 1.b, los Estados parte que reciban una orden de decomiso expedida por el Estado requirente deberán remitirla a sus autoridades competentes para que den cumplimiento a la orden (un modo de reconocer y ejecutar sentencias extranjeras).

IV. 4. A. Ejecutar órdenes de decomiso extranjeras

La UNCAC exige que los Estados parte adopten las medidas necesarias para que sus autoridades competentes puedan ejecutar una orden de decomiso dictada por un tribunal extranjero[71].

El procedimiento para ejecutar órdenes de decomiso extranjeras puede tomar dos formas. Las autoridades competentes del Estado requerido pueden reconocer y ejecutar la orden de decomiso extranjera o pueden establecer nuevos procedimientos conforme su derecho interno y ejecutar la orden de decomiso emitida según ese procedimiento. En ambos casos, las autoridades del Estado requeri-

71 Art. 54.1.a.

do reconocen el efecto de *cosa juzgada* de la sentencia extranjera.

IV. 4. A. I. Reconocimiento y ejecución de una orden de decomiso extranjera[72]

Una primera vía para ejecutar órdenes de decomiso extranjeras es que el Estado requerido reconozca y ejecute una sentencia extranjera (sin establecer un procedimiento local específico). La implementación de esta medida requiere algunas precisiones.

En primer lugar, a diferencia del artículo 53.a de la Convención, que sólo se refiere a "bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención", la norma en análisis también incluye a los "bienes relacionados con…", ampliando el alcance de la cooperación.

En segundo término, reconociendo que en general los Estados van a exigir una decisión judicial para ejecutar una orden de decomiso extranjera, la Convención refiere a las autoridades judiciales como la única autoridad que puede emitir la orden de decomiso en el Estado requirente. La exigencia no es sólo formal, sino que, además, implica que el tribunal que ordena el decomiso debe ser independiente e imparcial. Así, por ejemplo, en el caso "Duvalier", Suiza consideró que las autoridades de Haití no estaban en condiciones de llevar a cabo un procedimiento penal respetuoso del Estado de Derecho, aunque de todos modos inmovilizó los fondos transitoriamente[73]. En este tipo de situaciones se planteó la posibilidad de que Suiza realizara un decomiso autónomo asumiendo la jurisdicción sobre el caso y estableciendo la inversión de la carga probatoria cuando el enriquecimiento ilícito es manifiesto, pero no resulta posible recurrir a la asistencia legal mutua[74].

Si bien se exige que la orden haya sido dictada por una autoridad judicial, cualquier "autoridad competente" puede ejecutar las órdenes de decomiso extranjeras en el Estado requerido, lo cual le permite a los Estados parte establecer, por ejemplo, un procedimiento administrativo.

Por otra parte, debe tenerse presente que para ejecutar la orden extranjera el Estado requerido invariablemente exigirá que la deci-

[72] Arts. 54.1.a y 55.1.b, UNCAC.

[73] Morier, Pierre-Yves, "Is Autonomous Confiscation the Acme of Asset Recovery?", en Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets*, cit., p. 274.

[74] Ídem, p. 278.

sión judicial emitida en el Estado requirente sea definitiva[75]. La seguridad jurídica y el derecho de defensa requieren una sentencia firme, que tenga estatus de cosa juzgada, inapelable.

También es necesario tener en cuenta que si bien el proceso se regirá por el derecho del Estado requerido (*lex fori*), éste estará limitado por los hechos afirmados por el tribunal requirente. Si bien esto implica que el acusado no podrá cuestionar los hechos afirmados (por ejemplo, el valor determinado de los bienes sujetos a decomiso), no impide que a los mismos hechos pueda dársele una calificación jurídica diferente, ya sea a favor o en contra del acusado, según el derecho local. Más aún, el Estado requerido puede admitir que se aleguen hechos que no fueron conocidos ante el tribunal del Estado requirente (hecho sobreviniente)[76].

Otro punto que debe ser considerado es que la UNCAC exige a los Estados parte que estén preparados para ejecutar tanto las órdenes de decomiso objetivas como las basadas en el valor. Si el principio *locus regit actum* se aplica estrictamente, un Estado que sólo conoce el decomiso objetivo no podrá ejecutar una orden de decomiso basada en el valor. En cambio, cuando un Estado requerido puede ejecutar una orden de decomiso basada en cualquiera de los dos modelos, el Estado que requiera el decomiso de bienes específicos podrá permitir que el Estado requerido lo ejecute sobre bienes de valor equivalente, ampliando así las posibilidades de éxito.

Los Estados parte también deberán prestarle especial atención a los fundamentos que suelen utilizarse para denegar solicitudes con respecto al alcance que se le da al concepto de "producto del delito" en las distintas jurisdicciones. En efecto, los Estados parte pueden diferir en el alcance que le dan al producto del delito y, por lo tanto, a los bienes sometidos a decomiso. Esto puede presentar situaciones en las cuales el producto en cuestión no sería sometido a decomiso bajo el derecho interno del Estado requerido o bajo el derecho interno del Estado requirente. En el primer caso, los Estados parte pueden considerar hacer una excepción al principio *locus regit actum* para ejecutar la orden de decomiso extranjera. En el segundo supuesto, los Estados parte deberían considerar cómo equilibrar el

[75] Así se encuentra regulado, por ejemplo, en el Reino Unido, en los Países Bajos y en Bélgica (cf. Stessens, *Money Laundering*, cit., p. 390). Debe destacarse, sin embargo, que en el caso "Montesinos" bastó con acreditar la conexión entre los bienes inmovilizados y los hechos ilícitos para que Suiza los decomisara y repatriara a Perú.

[76] Ídem, p. 389.

principio según el cual la orden puede ser directamente ejecutada en el Estado requirente para adecuar la solicitud.

Estas situaciones probablemente surjan no sólo con respecto al alcance del concepto de producto del delito –por ejemplo, el alcance que se le dé a los fondos entremezclados, producto secundario y producto indirecto– sino también con respecto a los tipos de decomiso y a la naturaleza de las decisiones adoptadas en el Estado requerido. Por ejemplo, un Estado que requiera que se ejecute una orden de decomiso administrativa emitida *in rem* a un Estado que no reconoce procedimientos de decomiso administrativos *in rem*.

Finalmente, los Estados parte deberían revisar los fundamentos generales a los que apelan para denegar solicitudes, de modo tal de asegurar que ellos resulten plenamente compatibles con los propósitos de la Convención. Estos son algunos ejemplos:

– Los Estados parte que permitan denegar la cooperación sobre la base de la desproporcionalidad entre el monto a decomisar y los costos de ejecutar la orden de decomiso pueden tener en cuenta el valor de los bienes en cuestión en el país requirente así como la importancia del caso.

– Los Estados parte que permitan denegar la cooperación sobre la base de que la solicitud no se condice con sus "principios generales fundamentales" pueden asegurarse de que esta cláusula se limite a excepciones constitucionales y de derechos humanos y que no sea invocada cuando no exista un procedimiento específico para ajustar la solicitud en el derecho interno.

– Los Estados parte que permitan denegar la cooperación sobre la base de delitos políticos pueden considerar excluir específicamente los delitos de corrupción a fin de distinguir la excepción de las motivaciones políticas del caso concreto. Los acusados en casos de corrupción normalmente invocarán la existencia de motivaciones políticas por parte de las autoridades de persecución penal.

La UNCAC también establece las formalidades que debe contener la solicitud de ejecución de una orden de decomiso (además de los requisitos generales de la asistencia mutua legal[77]), a saber[78]:

a) una copia de la orden de decomiso,

b) una exposición de los hechos y la información sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden,

c) una declaración de las medidas adoptadas por el Estado

77 Establecidos en el art. 46.15, UNCAC.

78 Art. 55.3.b.

requirente para dar notificación adecuada a terceros de buena fe y para garantizar el debido proceso, y

d) un certificado de que la orden de decomiso es definitiva.

IV. 4. A. II. Transferencia de procedimientos[79]

La transferencia de procedimientos penales es una herramienta de cooperación internacional basada en la idea de que algunos Estados están en una mejor posición que otros para tratar un caso. Tradicionalmente vista como una alternativa a la extradición, el lugar de residencia del acusado y el lugar en el que probablemente se concentre la mayor parte de la evidencia eran los criterios previstos en el pasado para este modo de cooperación. En el contexto de la recuperación de activos de la corrupción, el criterio es, tal como lo establece la Convención, el lugar en el que se encuentra el producto del delito. En otras palabras, los Estados parte en los que se encuentra el producto de la corrupción están normalmente en una mejor posición que el Estado al que pertenecen los activos para decomisarlos.

Mientras que ejecutar sentencias extranjeras es en general preferible a establecer nuevos procedimientos de decomiso –transferir procedimientos penales–, en algunas situaciones es necesario establecer nuevos procedimientos para acomodar la solicitud al derecho interno del Estado requerido. Una situación común surge cuando un Estado requiere que se le dé efecto a una orden de decomiso contra una persona jurídica en un Estado en el cual no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este caso, se necesitará un nuevo procedimiento para determinar contra qué individuos se ejecutará la orden.

También puede ser preferible transferir procedimientos para fines de decomiso cuando el Estado requirente, sabiendo que los fondos derivados del delito han sido derivados al Estado requerido, sin embargo no conoce la cantidad y el alcance de los fondos y el Estado requerido está en una mejor posición para determinarlo.

Para implementar esta disposición, los Estados parte deberán contar con un procedimiento específico de decomiso, o bien con reglas locales genéricas de asistencia jurídica recíproca que les permitan a sus autoridades adaptar la solicitud de una manera flexible. De lo contrario, este tipo de decomiso será, además de gravoso, legalmente imposible, pues el Estado requerido no tendrá jurisdic-

[79] Art. 55.1.a, UNCAC.

ción para iniciar un nuevo caso penal –que además probablemente será en ausencia–.

Muchos países ya han establecido, para fines locales, procedimientos de decomiso que tienen lugar luego de que se obtiene una condena. Dichos fines van desde otorgarles más tiempo a las autoridades de acusación para investigar el origen del producto del delito hasta permitir un estándar de prueba menor con respecto al origen de los bienes sometidos a decomiso. Así, por ejemplo, en Estados Unidos es posible iniciar una acción de decomiso civil *in rem* basada en una "causa probable" según el derecho interno estadounidense, en el cual pueden adoptarse medidas precautorias[80]. Por su parte, la legislación suiza exige que se haya demostrado cierta conexión entre el hecho ilícito y los bienes inmovilizados, aunque no requiere una condena civil o penal. En algunos casos, se admitió enviar los fondos a una cuenta en caución en el Estado víctima o invertir la carga de la prueba como ocurrió con el ex dictador de Nigeria, Abacha, quien fue considerado integrante de una organización criminal[81].

Los Estados parte que instituyan procedimientos específicos de decomiso pueden también considerar que en general el procedimiento de decomiso establecido para ejecutar una orden de decomiso extranjera tendrá lugar en ausencia, dado que el acusado será condenado en el Estado requirente.

Si bien el Estado requirente deberá proveerle al Estado requerido los hechos precisos en los que se basa la solicitud de una orden de decomiso[82], el Estado requerido normalmente no estará limitado por los hechos, excepto que el Estado requirente haya solicitado que se ejecute una orden de decomiso y el Estado requerido haya de todos modos decidido establecer su propio procedimiento de decomiso para adaptar la solicitud.

Finalmente, además de los requisitos generales de la asistencia mutua[83], el Estado que solicite este tipo de cooperación deberá incluir en su solicitud una descripción de los bienes a decomisar, así

80 GAFI, Tercer Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en Estados Unidos, p. 263, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/44/9/37101772.pdf.*

81 Cf. Pieth, Mark, "Recovering stolen assets, a new issue", en Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets*, cit., p. 14.

82 Art. 55.3.b, UNCAC.

83 Establecidos en el art. 45.15, UNCAC.

como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes[84].

IV. 4. B. Emitir órdenes de decomiso locales[85]

La UNCAC exige que los Estados parte permitan que sus autoridades competentes puedan ordenar el decomiso de bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de lavado de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno.

Deben distinguirse dos situaciones: el decomiso posterior a un delito local –lavado de dinero u otro delito– y el decomiso del producto de delitos extranjeros basado en procedimientos autorizados en el derecho interno.

IV. 4. B. I. Decomiso del producto de delitos determinantes extranjeros

En la última década, el producto de varios casos de gran corrupción política ha sido recuperado mediante sentencias por lavado de dinero en la jurisdicción en la que se ha ocultado el producto de la corrupción. El hecho de que las autoridades del país en el que se habían ocultado los activos eran más independientes con respecto a los acusados que las autoridades del país en el que había ocurrido el delito determinante jugó un rol importante en dichos casos.

La eficacia de la UNCAC depende mucho de la aplicación de mecanismos contra el lavado de dinero para prevenir, rastrear, embargar y decomisar el producto de los delitos de corrupción. Es decir que la posibilidad de decomisar el producto de la corrupción en el marco de un proceso penal por lavado de dinero en el país al cual han sido transferidos los bienes debería ser entendida junto a las obligaciones que establece la Convención en materia de prevención y represión del lavado de activos (arts. 14, 52 y 23).

La norma que se analiza cierra el círculo exigiendo que los Estados parte puedan decomisar el producto de delitos determinantes extranjeros cuando juzgan el lavado de dinero. Al implementar esta disposición, los Estados parte pueden considerar morigerar la carga de probar el origen ilícito de los bienes de origen extranjero[86].

84 Art. 55.3.a, UNCAC.

85 Art. 54.1.b.

86 Ver art. 31, UNCAC.

Además del lavado de dinero, también puede obtenerse el decomiso mediante el juzgamiento de otros delitos. Los Estados parte pueden considerar, por ejemplo, extender su jurisdicción a delitos vinculados al manejo de bienes ilícitamente obtenidos.

IV. 4. B. II. Decomiso del producto de delitos extranjeros basado en procedimientos distintos del juzgamiento

Al referirse a "otros procedimientos autorizados en su derecho interno", la UNCAC permite que los Estados parte diseñen procedimientos específicos para decomisar el producto de delitos extranjeros. Tales procedimientos, establecidos contra los bienes y regidos por un estándar de prueba civil, pueden iniciarse contra los bienes que se sospecha que se originaron en un delito cometido en el extranjero sin importar si existe o no un procedimiento penal en la jurisdicción en la que se originó el producto.

IV. 5. Decomiso sin condena

Finalmente, cabe destacar que la UNCAC recomienda a los Estados parte adoptar medidas para permitir el decomiso del producto de delitos de corrupción cometidos en el extranjero y localizados dentro de su jurisdicción incluso sin que el país en el que se cometió el delito ni el Estado parte en el que se encuentran los bienes hayan obtenido una condena penal contra el delincuente[87].

La implementación de esta recomendación depende en gran parte del carácter punitivo o restaurativo que cada Estado parte le asigne al concepto de decomiso, al cual ya se ha hecho referencia en el capítulo 3.

V. Disposición de los bienes decomisados

Todas las herramientas innovadoras de la UNCAC a las que hemos hecho referencia se basan en el principio fundamental de que el producto de la corrupción que es exportado debería ser repatriado a su legítimo propietario, que en muchos casos es la población del Estado en el que se cometió el delito.

Una vez que el producto de la corrupción ha sido localizado, embargado y decomisado, el artículo 57 de la Convención establece

87 Art. 54.1.c.

las reglas generales sobre las que los Estados parte basarán sus procedimientos para restituir y disponer de los activos.

El artículo 57 se aparta significativamente de otras convenciones y de las prácticas locales, tanto respecto al principio clásico de que los bienes pertenecen al Estado que ejecuta la orden de decomiso como a la práctica de compartir los activos, según la cual una parte de los activos recuperados le corresponde al Estado que contribuye a recuperarlos.

Esto está claramente establecido en el párrafo 1 del artículo 57, que exige que los Estados parte dispongan de los bienes que hayan decomisado con arreglo a los párrafos 2 y 3, los cuales a su vez establecen que los Estados parte deben adoptar las medidas legislativas necesarias para permitir que sus autoridades competentes restituyan los bienes decomisados al dar curso a una solicitud de otro Estado parte.

Como corolario de la muy laboriosa tarea de recuperar activos, los Estados parte deberían ser muy cuidadosos al diseñar los procedimientos para implementar el párrafo 3 del artículo 57, a fin de concluir exitosamente estos procedimientos con arreglo a los principios fundamentales y a los objetivos generales de la Convención.

Párrafo 3

I. Disposición y restitución de activos decomisados

El párrafo 3 establece la base para restituir y disponer del producto de la corrupción decomisado según los artículos 46 y 55 de la Convención. En este sentido, el artículo 57 distingue tres situaciones diferentes:

El caso más sencillo se describe en el párrafo 3.a: cuando los bienes en cuestión proceden de malversación o peculado de fondos públicos (art. 17) o de blanqueo de dicho producto (art. 23), el Estado requerido restituirá los bienes decomisados al Estado parte requirente.

El principio de que los bienes robados deberían ser restituidos a su propietario es un principio general del derecho reconocido por la mayoría de las jurisdicciones. En el caso de malversación o peculado de fondos públicos y su blanqueo, no hay ninguna duda de que el Estado requirente es la víctima del delito y de que los fondos robados deberían ser restituidos. El Estado, como cualquier otra víctima, tiene el derecho de demandar que se restituya el producto. A tal efecto, el Estado puede incluso llevar el caso ante un tribunal civil, con arreglo al artículo 53.

Sin embargo, pueden surgir problemas de prueba si los fondos

robados han sido mezclados con bienes de otras fuentes. En este sentido, la calidad y claridad de las cuentas públicas del Estado víctima son claves, especialmente cuando el funcionario involucrado puede manipularlas (vínculo con medidas preventivas).

En el pasado, ha habido casos en los cuales el Estado requerido se opuso a restituir el producto decomisado porque el Estado requirente no pudo obtener una sentencia definitiva en determinadas situaciones, ya sea porque el acusado murió, porque la acción prescribió mientras el funcionario corrupto seguía en funciones, o porque el funcionario corrupto manipuló al Poder Judicial y obtuvo una absolución o inmunidad.

Para superar la ausencia de una sentencia definitiva, la Convención permite que los Estados parte requeridos incluyan en su legislación la posibilidad de renunciar al requisito en cuestión. Algunas jurisdicciones permiten que sus autoridades restituyan los bienes sin importar la etapa en que se encuentre el juzgamiento en la jurisdicción requirente, con miras a un decomiso final o a la restitución a los propietarios legítimos en el Estado requirente.

Podrían aplicarse algunas excepciones a dicha renuncia, por ejemplo: cuando el propietario de los bienes es un residente del Estado requerido; cuando los objetos o valores son necesarios en un procedimiento penal pendiente en el Estado requerido; o cuando el propietario de los bienes puede demostrar que él o ella adquirió los bienes de buena fe.

El párrafo 3.b se relaciona con casos de producto de cualquier otro delito comprendido en la Convención. El Estado parte requerido restituirá al Estado parte requirente los bienes decomisados con arreglo al artículo 55 de la Convención en dos situaciones:

La primera situación se relaciona con casos en los cuales el Estado requirente acredite razonablemente su propiedad anterior de los bienes decomisados. Los casos de propiedad anterior pueden ser:

– Decomiso de las ganancias de contratos obtenidos ilegalmente de contratantes privados. Los "fundamentos razonables" para acreditar la propiedad anterior pueden ir desde demostrar que el contrato sea de una manera por debajo del estándar, hasta demostrar que el bien o servicio proveído era innecesario.

– Decomiso de sobornos pagados con fondos públicos (salarios pagados por debajo de la mesa a funcionarios públicos, legisladores, jueces; la administración que usa fondos públicos para sobornar a legisladores de un partido opositor, la administración que le paga a un juez para obtener una sentencia favorable en un asunto en el que el Estado es parte, etcétera).

– Decomiso de fondos públicos otorgados legalmente para proyectos de infraestructura o para desarrollar servicios que fueron subprovistos.

La segunda situación se relaciona con casos en los que el Estado parte requerido reconozca los daños causados al Estado parte requirente como base para la restitución de los bienes decomisados.

– Los bienes incautados son producto de un delito, que ha causado un daño indirecto al Estado y que puede ser evaluado en términos económicos. Esto es, por ejemplo, lo que se asume con respecto a los actos de corrupción en el sentido de los artículos 15 y 16, según los cuales el Estado ha adquirido los bienes a un precio mayor a fin de ocultar la ventaja indebida que recibió uno de sus oficiales. En tal caso, los bienes decomisados pueden ser utilizados para compensar por el daño causado al Estado. También es posible el enfoque civil (art. 53 b y c).

Con respecto a la posibilidad de renunciar al requisito de una sentencia definitiva para disponer o restituir los bienes al Estado requirente, se aplica el comentario del párrafo 3.a.

El párrafo 3.c establece, como una disposición por defecto, que "en todos los demás casos" los Estados parte darán consideración prioritaria a la restitución de los bienes decomisados al Estado parte requirente, restituyendo dichos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o indemnizando a las víctimas del delito.

Los ejemplos pueden variar sustancialmente:

– Los competidores que han perdido un negocio por negarse a pagar sobornos estarán en una posición para presentarse como víctimas del delito.

– Los pescadores o negocios turísticos que ya no pueden trabajar serán víctimas si una determinada empresa sobornó a inspectores públicos para que le permitieran deshacerse de deshechos tóxicos en un río cercano.

– En casos de corrupción judicial, puede ocurrir que la propiedad de ciertos bienes esté siendo discutida, o que el demandante esté reclamando daños, y que el juez sea sobornado para decidir a favor del sobornador. La parte perdedora será una víctima en el caso de recuperación de activos.

Sin embargo, en algunos casos, los Estados parte se encontrarán en una posición difícil con respecto a qué hacer con el dinero decomisado. Pueden considerarse los siguientes ejemplos:

Una empresa con su central en el País A le había pagado un soborno al actual Presidente del País B para obtener un contrato. El soborno se depositó en el País C. El soborno sólo cubría la adjudicación del contrato, pero no influenció el contrato, por lo que no se

lo percibe como injusto en términos económicos ni para el país B ni para la empresa. Además, ambas partes cumplen totalmente con sus respectivas obligaciones. Sin embargo, el País C decomisó el soborno. Sin perjuicio de que la disposición recomienda a los Estados parte que busquen la restitución de los activos, dado el hecho de que el País B no fue perjudicado y que quien aceptó el soborno todavía gobierna el país, esta es una situación en la cual entregar los activos a favor del País B no parece ser la solución más ajustada a los objetivos de la Convención.

Consideremos ahora una variación de la misma situación en la cual es públicamente sabido que el País B fue de hecho perjudicado, pero quien aceptó el soborno aún gobierna el país. Los Estados parte pueden considerar condicionar la restitución a, por ejemplo, un uso específico de los fondos o a que los activos se mantengan en un fideicomiso internacional para proveer asistencia en futuros casos de recuperación de activos.

Párrafo 4

II. Deducción de gastos razonables

Cuando proceda, a menos que los Estados parte decidan otra cosa, el Estado parte requerido podrá deducir los gastos razonables en que haya incurrido en las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados según este artículo.

El párrafo 4 le da a los Estados parte la posibilidad de deducir los gastos razonables en que haya incurrido en las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados.

Los países deberían adoptar una clara definición de lo que podría ser considerado "gastos" para evitar que la invocación de esta regla sea un sustituto de los esquemas para compartir los activos actualmente establecidos (ver comentario al párr. 5).

En este sentido, puede considerarse que los gastos incluyen aquellos que se efectuaron para llevar a cabo las investigaciones, para identificar y decomisar los bienes, siempre que hayan sido asumidos por una parte privada. También incluirían el uso de elementos técnicos, como bases de datos privadas u otros servicios (por ejemplo, transporte, legalización y traducción de documentos, honorarios de peritos).

Los gastos también pueden variar según la naturaleza de los bienes decomisados. Si los activos decomisados son bienes inmuebles u otros bienes registrables (como un auto, un barco o una aeronave), o bienes suntuosos, como una pieza de arte, pueden considerarse

gastos aquellos efectuados para mantener los bienes en buenas condiciones (un depósito para evitar daños o pérdida de valor), o impuestos, o seguro contra incendio y robo. Si el mantenimiento de los bienes es demasiado caro, se trata de bienes perecederos, los países pueden considerar la posibilidad de venderlos y depositar el dinero obtenido en cuentas bancarias oficiales. Si el activo es dinero en efectivo, o fue invertido en *securities* o acciones, los gastos serán el mantenimiento de las cuentas bancarias.

Párrafo 5

III. Acuerdos para cada caso particular

Este párrafo se refiere a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables sobre la base de cada caso particular para la disposición definitiva de los bienes decomisados.

Para implementar esta disposición, los países pueden considerar promulgar legislación que permita compartir los bienes decomisados con otros países. Los esquemas de este tipo pueden variar: pueden establecerse sobre la base de cada caso, en el cual los Estados celebrarían negociaciones bilaterales, con o sin la ayuda de mediadores de la comunidad internacional o cualquier otra parte de confianza; los países pueden establecer que compartirán los activos recuperados sobre una base de igualdad, o pueden establecer otros porcentajes dependiendo de la contribución y el esfuerzo de cada país a la recuperación.

Los países pueden establecer en su legislación local cierta discreción o flexibilidad para condicionar la restitución de los bienes al cumplimiento de ciertos compromisos, luego de consultarlo con el país relevante, tal como destinar parte de los activos a programas de desarrollo especiales o al alivio de deuda.

Puede ocurrir que algunos fondos sean restituidos provisionalmente a cuentas bancarias bloqueadas bajo la condición de que el decomiso o la restitución sean decididos en procedimientos judiciales en el Estado afectado que sean compatibles con los derechos fundamentales a un juicio justo establecidos en tratados internacionales de derechos humanos, con el compromiso adicional de informar regularmente al país asistente sobre el progreso de los procedimientos.

En los acuerdos puede incluirse a los países asistentes y las organizaciones internacionales que gozan de absoluta confianza de todas las partes para que participen de las negociaciones con los países afectados a fin de garantizar la transparencia y controlar los arreglos sobre el modo en que serán utilizados los fondos cuando sean recuperados y restituidos.

Puede ocurrir que la restitución directa no sea siempre posible o apropiada. Por ejemplo, si el país requirente todavía está enfrentando serios problemas de corrupción y mal gobierno, o no resulta claro si los propietarios eran legítimos o quiénes son las víctimas.

Particularmente, pueden lograrse acuerdos entre las partes cuando el país víctima recurre a mecanismos civiles de recuperación.

En tales casos particulares, las disposiciones de los acuerdos pueden incluir establecer fondos especiales bajo la administración de una organización internacional o del país requerido para un uso específico de los bienes, como programas para hacer cumplir la ley, o para fines sociales, como la educación en cuestiones relacionadas con la prevención y la lucha contra la corrupción, asistencia humanitaria y similares.

Capítulo 7

Navegando entre la asistencia mutua legal y los sistemas de decomiso*

Willie Hofmeyr

I. Introducción

Si bien la cooperación internacional para la recuperación de activos es aún un área relativamente nueva del derecho internacional, la efectividad de la asistencia mutua legal (MLA, por sus siglas en inglés) refleja que muchas veces es más fácil para los Estados recuperar los activos de la corrupción mediante acciones civiles comunes que mediante la cooperación con otros Estados. Es de esperar que la nueva Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) (UNCAC), junto con las diversas iniciativas del G8 y otros grupos, modifique esta situación.

II. Sistemas para recuperar el producto de la corrupción

Aunque existen muchas variaciones, en términos generales hay dos tipos de decomiso utilizados internacionalmente para recuperar el producto de la corrupción: decomiso penal y decomiso civil. El decomiso penal depende de un juicio penal y tiene la ventaja de que si se puede obtener una condena, en general es posible decomisar todos los bienes que se puedan encontrar. El decomiso civil es independiente de un juicio penal y tiene claras ventajas cuando no es posible condenar al acusado porque la prueba no es lo suficientemente sólida, o por otras razones. Un número creciente de países prevén ambos tipos de decomiso. Además, los países de tradición continental tienen sus propios sistemas.

II. 1. Decomiso penal (posterior a la condena)

Este es el sistema de decomiso más común y se basa en la Convención de Viena de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (en adelante, Convención de Viena). Se lo

* Versión original en inglés (*Navigating between Mutual Legal Assistance and Confiscation Systems*) publicada en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Brena, 2008, ps. 135-146. Traducción de Natalia Volosin.

denomina decomiso penal porque sólo puede ser utilizado luego de una condena, pero en general se realiza mediante un proceso civil.

En los sistemas del *common law*, funciona como una acción civil común: por ejemplo, el Estado puede obtener una orden de pago contra el acusado por el monto del beneficio del delito (denominado orden de decomiso). Como en una acción civil común, si el acusado no paga el monto estipulado en la sentencia, ésta puede ser ejecutada contra sus bienes (denominada orden de ejecución). No es necesario demostrar que los bienes son "sucios" o "contaminados" (aunque algunos países lo exigen, como Estados Unidos y Canadá).

El monto del beneficio puede ser fácil de determinar en algunos casos, por ejemplo, cuando un millón de dólares son robados de un banco. Pero existen muchas cuestiones complejas que surgen de la necesidad de hacer que la ley sea efectiva:

a) El beneficio se define como el ingreso bruto del delito y no la ganancia. Por lo tanto, no hay deducciones por gastos.

b) El beneficio se acredita cuando es recibido, aun si luego es perdido o transferido a otro. Si el acusado tiene otros bienes, la orden puede ejecutarse contra ellos.

c) Una vez que los acusados han sido condenados, la ley en general presume que todo lo que poseen o han poseído durante los últimos cinco (o siete) años es el producto del delito (por ejemplo, todos los activos actuales y todos los ingresos y gastos de ese período). Los acusados tienen la carga de probar lo contrario. Esto es para asegurar que la ley sea efectiva en relación con las personas "que hacen del delito su estilo de vida" –cuando un narcotraficante es atrapado por una o dos transacciones con drogas–, no tiene sentido tomar sólo el producto de esos dos delitos y dejar intacto el resto de su fortuna.

d) El Estado también puede recuperar donaciones que cualquier persona, aunque sea inocente, haya recibido del acusado en los últimos cinco a siete años: no es necesario que lo donado sea el producto del delito. Esto ayuda a recuperar bienes que han sido ocultados a nombre de amigos, empresas, fideicomisos, etcétera. Las donaciones pueden ser recuperadas de cualquier bien propiedad del donatario.

II. 2. Decomiso civil (sin necesidad de una condena)

Son relativamente pocos los países que tienen un sistema de decomiso civil –algunos ejemplos son Estados Unidos, Irlanda, el Reino Unido, Italia, Australia, Eslovenia, Ontario en Canadá y Sudáfrica–. Pueden encontrarse elementos del decomiso civil en la legislación aduanera de la mayoría de los países. Sin embargo, cada vez más jurisdicciones lo están estableciendo.

El decomiso civil es una poderosa herramienta contra el delito y la corrupción, particularmente en los casos en los cuales el producto de la corrupción extranjera termina en otro Estado. Le permite al Estado tomar los activos de los sospechosos mediante una acción civil contra los bienes, sin necesidad de obtener una condena, ya sea en el país requerido o en el país víctima. Esto es importante para casos en los cuales el sospechoso se haya fugado y no pueda ser juzgado, o haya consideraciones políticas o de otro tipo que impidan un juicio.

En el decomiso civil es necesario probar que los bienes o activos son "sucios" o "contaminados", que son el producto del delito o "instrumentos" utilizados para cometerlo:

a) El producto del delito puede ser el producto directo de un delito o los bienes que representen ese producto. En algunos casos, ha sido posible probar que todos los bienes de un sospechoso son el producto del delito. Los activos ocultos detrás de otras personas físicas o jurídicas también pueden ser decomisados, ya que continúan siendo producto del delito cuando se transfieren a otra persona o entidad. Debe probarse que continúan siendo esencialmente los mismos bienes, lo cual puede resultar difícil cuando se trata de transacciones complejas.

b) Los instrumentos son bienes utilizados para cometer un delito, por ejemplo, el arma utilizada en un homicidio, una casa o club utilizado para vender drogas, o una cuenta bancaria, o incluso una empresa utilizada para lavar el producto del delito.

Otras ventajas del decomiso civil son:

– Sólo es necesario probar los hechos con un estándar de prueba civil. Por lo tanto, puede ser posible actuar incluso cuando la evidencia no es lo suficientemente sólida como para fundamentar una condena en cualquiera de los dos países.

– No se requiere "doble incriminación" (es suficiente con que la conducta sea ilícita en el país víctima).

– La conducta ilícita incluye violaciones de la ley que no han sido criminalizadas.

– En muchos casos los demandados han sido renuentes a cuestionar casos de decomiso civil dado que ello significa realizar declaraciones bajo juramento que podrían ser utilizadas en su contra en un caso penal.

– La ley puede ser aplicada retroactivamente y utilizada para recuperar activos adquiridos antes de que ella entrara en vigencia.

– El Estado requerido puede congelar y decomisar bienes aun en casos en los cuales existe un país víctima renuente: por ejemplo,

cuando el acusado todavía es jefe de Estado. Por supuesto, la evidencia y las consideraciones diplomáticas también pueden jugar un rol en estos casos.

II. 3. Congelar los activos

En ambos sistemas es vital obtener una orden de embargo preliminar sobre los bienes hasta que termine el litigio. Es improbable que los acusados mantengan sus activos disponibles para que el Estado los decomise al final del proceso.

Con unas pocas excepciones, se requiere una orden del tribunal para congelar los activos. En general, la ley exige que la acusación tenga "fundamentos razonables para creer" que puede tener éxito en el decomiso. Esto requiere un nivel de evidencia similar al que se requiere para una orden de allanamiento.

En algunas jurisdicciones es posible congelar activos administrativamente o mediante un secuestro policial común. La mayoría de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) pueden congelar por un período limitado.

III. Asistencia mutua legal informal y formal

Es importante identificar los tipos de asistencia mutua legal que pueden ser necesarios en las distintas etapas del proceso.

III. 1. Asistencia informal

La asistencia internacional que no requiere del uso de medidas coercitivas por parte del Estado requerido puede ser llevada a cabo sobre la base de contactos informales entre la policía, por ejemplo, a través de Interpol. En general se exigen pocas o ninguna formalidad. Los ejemplos incluyen recolectar información disponible públicamente, obtener información de departamentos gubernamentales y tomar declaraciones a testigos que declaran voluntariamente.

En materia de decomiso, gran parte del proceso de rastrear bienes puede ser realizado de este modo, es decir, sin invocar medidas coercitivas.

III. 2. Asistencia formal

Cuando la asistencia pretende el uso de medidas coercitivas por parte del Estado requerido, debe requerirse mediante una solicitud formal de asistencia mutua legal. Ejemplos de ello son la solicitud de evidencia formal, las órdenes de allanamiento, la infor-

mación de instituciones financieras o el interrogatorio formal de testigos hostiles.

En materia de decomiso, una solicitud formal de asistencia mutua legal será necesaria cuando se requieran, por ejemplo, registros bancarios, o congelar o decomisar activos en el Estado requerido.

III. 2. A. Tipos de asistencia mutua legal formal

En general, existen dos tipos de asistencia mutua legal formal disponibles:

– Cartas rogatorias: el sistema tradicional de asistencia mutua legal es la denominada vía "diplomática" mediante cartas rogatorias. Este proceso en general es lento dado que las solicitudes deben atravesar muchas formalidades diplomáticas.

– Asistencia mutua legal directa: en los últimos años, la tendencia ha sido desarrollar una asistencia mutua legal más directa para acelerar el proceso y reducir las formalidades diplomáticas. Existen diversos mecanismos por los cuales puede obtenerse asistencia directa:

– dos países pueden establecer un tratado bilateral de asistencia mutua legal que disponga una cooperación más efectiva entre ellos;

– algunos acuerdos internacionales establecen formas específicas de asistencia mutua legal entre grupos de países; estos acuerdos son regionales, como en la Unión Europea o en el *Commonwealth*, o específicos respecto de ciertos delitos, como la Convención de Viena (1988) relativa a los delitos de estupefacientes;

– algunos países han adoptado legislación interna que les permite proveer asistencia mutua legal con mayor facilidad.

La mayor parte de estos mecanismos establece una autoridad central que se encarga de todas las solicitudes de asistencia mutua legal por parte de Estados o agencias extranjeras reconocidas. La autoridad central canalizará las solicitudes a la agencia local correcta.

IV. La asistencia mutua legal en el decomiso

IV. 1. Identificar el sistema aplicable

Si el país víctima quiere congelar o decomisar activos en otro país, es importante establecer un sistema de decomiso que opere en el país víctima y en el Estado requerido.

Si el Estado requerido sólo cuenta con decomiso penal:

– El Estado víctima en general tendrá que obtener una condena penal para poder repatriar el producto del delito.

– Además, muchos países sólo decomisarán los activos si el Esta-

do víctima ha obtenido su propia orden de decomiso: es decir que el Estado víctima debe tener su propia legislación sobre decomiso.

– Cuando el Estado víctima no tiene legislación sobre decomiso, algunos Estados requeridos pueden utilizar la condena para obtener su propia orden de decomiso. Por ejemplo, también puede ser posible acusar y condenar a un lavador de activos en el Estado requerido y decomisar los bienes como el producto del lavado de activos.

– Es importante que la legislación del país víctima permita las órdenes de decomiso por rebeldía contra fugitivos de la justicia. De otro modo, el acusado no podrá ser condenado y los bienes no podrán ser recuperados.

– Si el Estado requerido utiliza el decomiso penal, en general no será necesario proveer evidencia de que los bienes son el producto del delito.

Si el Estado requerido cuenta, además, con decomiso civil:

– El Estado requerido puede recuperar los activos siempre que el Estado víctima pueda probar que los bienes son el producto del delito.

– El Estado víctima tampoco necesita obtener una condena penal.

– El Estado víctima tampoco necesita obtener su propia orden de decomiso.

Claramente, tanto el decomiso penal como el civil tienen sus propias ventajas, y el ideal es que el Estado requerido cuente con ambos sistemas.

También es importante identificar si los países pertenecen a la misma tradición jurídica: del *common law* o del derecho continental. Si un país es del *common law* y el otro de la tradición continental, existen en general problemas complejos en los diferentes modos en que operan los sistemas.

Los países de tradición continental en general pueden congelar activos más fácilmente debido a que el juez de instrucción normalmente tiene la facultad de congelar activos y puede hacerlo muy rápidamente. Pero casi siempre necesitarán una condena y una orden de decomiso del país víctima.

El decomiso civil es prácticamente desconocido en los países de tradición continental y puede resultar difícil obtener cooperación.

IV. 2. Tipos de asistencia mutua legal en el decomiso

Existen tres modos posibles para que un Estado requerido asista en la ejecución de una orden de embargo y de decomiso que ha

sido obtenida en el Estado víctima. Es ideal que los Estados requeridos cuenten con una combinación de los tres sistemas.

IV. 2. A. Reconocimiento de órdenes de embargo y de decomiso extranjeras

La mejor práctica es probablemente que el Estado requerido haya dictado legislación que le permita reconocer las órdenes de embargo y de decomiso obtenidas en el Estado víctima. Este es un remedio rápido y efectivo debido a que la orden original simplemente se registra en el Estado requerido como una orden de su propio tribunal. En algunos casos, se requiere una solicitud formal al juez del Estado requerido.

En la mayoría de los casos, ésta es la mejor solución, dado que el litigio se lleva a cabo del mejor modo en el país víctima, en el que en general se encuentra disponible toda la evidencia y los testigos. No es necesario otro tipo de litigio en el Estado requerido.

Sin embargo, la mayoría de los países no ha dictado legislación que le permita registrar órdenes extranjeras como una orden de sus propios tribunales.

Otra práctica recomendable, como recientemente ha establecido el Reino Unido, es permitir obtener una orden de embargo sobre la base de que luego pueda obtenerse una orden de decomiso en el país víctima aunque el país víctima no haya emitido una orden de embargo. Debe proveerse evidencia suficiente de la comisión del delito y de las ganancias obtenidas.

Por otra parte, muchos países de tradición continental, especialmente en Europa, están dispuestos a congelar activos con una solicitud de asistencia que contenga alguna evidencia de que los bienes son el producto del delito. No exigen una orden formal de embargo en el país víctima.

Sin embargo, para el decomiso, siempre se exigirá una orden del país víctima.

IV. 2. B. Nuevas órdenes de embargo o de decomiso

Muchos países no pueden reconocer órdenes extranjeras, pero pueden utilizar pruebas del país víctima para obtener una nueva orden de embargo o de decomiso en sus tribunales.

Esto es en general problemático dado que puede significar que deba llevarse a cabo un litigio en ambos países, uno de los cuales está muy lejos de la evidencia y de los testigos. También acarrea muchos problemas de comunicación.

Sin embargo, este sistema tiene la ventaja de que en ocasiones un Estado requerido puede ayudar a un Estado víctima que no puede actuar porque carece de legislación sobre decomiso.

IV. 2. C. Nuevo decomiso civil

Por otra parte, un Estado que permite el decomiso civil puede ayudar a los países víctima que no puedan obtener una condena o que no tengan su propia legislación sobre decomiso.

V. Cuestiones de asistencia mutua legal para distintos tipos de delitos

V. 1. Base limitada para la cooperación internacional

La cooperación internacional es más fácil en los delitos relacionados con drogas, dado que la mayor parte de los Estados han ratificado la Convención de Viena (1988) y cuentan con mecanismos para cooperar en el decomiso.

Sin embargo, en otros delitos como el robo o la corrupción, muchos Estados aún no pueden cooperar en el decomiso porque se trata de un área relativamente nueva.

V. 2. Doble incriminación

La mayoría de los Estados sólo coopera en el decomiso cuando el delito involucrado también es un delito en el Estado requerido. Esto puede ser un problema cuando se desarrollan nuevos tipos de delitos, como las actividades criminales organizadas o el lavado de activos.

V. 3. Delitos fiscales

Algunos países limitan el grado de cooperación que prestarán en los casos de delitos fiscales. Esto es particularmente cierto en el caso de las jurisdicciones *offshore*. Los delitos fiscales en general incluyen delitos tributarios, violaciones al régimen cambiario, etcétera.

V. 4. No reconocimiento de asistencia mutua legal

Es importante tener en cuenta que algunos Estados pueden limitar ciertos tipos de asistencia mutua legal a determinados países o tipos de delitos. Así, en la Unión Europea o en el *Commonwealth* existen mecanismos de asistencia mutua legal más rápidos que sólo están disponibles para los Estados miembros o para los Estados especificados en la legislación.

VI. Remedios alternativos mediante la legislación civil común

Como se indicó en la introducción de este capítulo, la cooperación penal internacional es en ocasiones tan difícil o lenta que en muchos casos ha sido más efectivo para los Estados utilizar el litigio civil privado para recuperar los activos de la corrupción. Un ejemplo es Nigeria. Sin embargo, existen varios obstáculos considerables.

VI. 1. Costos

El costo del litigio privado puede resultar prohibitivo. Se estima que un equipo de investigadores avezados puede costar unos u$s 18.000 por día, además de los altos costos de los abogados *senior* que se necesitan.

Algunos estudios jurídicos pueden realizar ese trabajo sobre la base de contingencias: es decir, que sólo cobran si tienen éxito. Pero los Estados tienen que pagar un alto porcentaje debido a los riesgos asociados a este tipo de trabajo.

VI. 2. Compatibilidad de la evidencia

Otra dificultad es que en los países del *common law,* muchas veces es difícil que la prueba presentada en un proceso penal pueda ser usada en un juicio civil. Además, la evidencia obtenida mediante la cooperación internacional penal muchas veces no puede ser utilizada en un juicio civil.

En los países de tradición continental, en general, la sinergia entre las investigaciones penales y los juicios civiles es mayor.

VII. Conclusiones

Dado que el decomiso del producto del delito es un área del derecho relativamente nueva, continúa habiendo grandes desafíos para asegurar que los Estados cuenten con legislación efectiva y compartible y puedan implementarla satisfactoriamente.

Por otra parte, existen desafíos para asegurar que los Estados cuenten con las leyes y la capacidad de otorgar efectiva asistencia mutua legal internacional.

Sin embargo, en la última década, ha habido muchos progresos en el área de la cooperación internacional. Si estos desarrollos se incrementaran aun más, la recuperación de activos claramente podría convertirse en una de las medidas más efectivas para lidiar con los casos de gran corrupción.

Capítulo 8

Recuperación internacional de activos relacionados con la corrupción: Suiza*

Paul Gully-Hart

I. Introducción

La recuperación internacional de activos dirigida al producto de esquemas de gran corrupción y otros delitos graves como la malversación de fondos públicos es un instrumento relativamente nuevo de cooperación entre Estados.

La asistencia mutua internacional en materia penal se concentró inicialmente en la entrega de fugitivos en procesos de extradición y en la obtención de evidencia para facilitar el desarrollo de procesos penales extranjeros. Los tratados limitaban la transferencia de objetos principalmente a artículos que pudieran ser utilizados como evidencia y a activos encontrados en posesión de la persona cuya extradición se requería[1]. A fines de la década de 1980, dos instrumentos internacionales[2] destacaron la necesidad de incrementar la cooperación internacional relativa al embargo y decomiso del producto del delito, como un medio efectivo para luchar contra la criminalidad transfronteriza. Estos tratados multilaterales establecen el decomiso local del producto del delito o la ejecución de órdenes de decomiso extranjeras. Sin embargo, no generan una obligación de transferir los activos decomisados a otro Estado; dicha transferencia sólo puede realizarse sobre la base de acuerdos de distribución entre los Estados parte[3].

* Versión original en inglés (*International Asset Recovery of Corruption-Relates Assets: Switzerland*) publicada en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Berna, 2008, ps. 165-185. Traducción de Natalia Volosin.

1 Cf. Gossin, P., "Remise internationale de valeurs en vue de restitution ou de confiscation: pratique, défis et perspectives", en *l'Atelier du droit, Mélanges en l'honneur de Heinrich Koller à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Basel, 2006, ps. 325-335.

2 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena); Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del 8 de noviembre de 1990 (ETS nº 141; Convención de Lavado).

3 Art. 5.5, Convención de Viena, ver nota 2; art. 15, Convención de Lavado, ver nota 2.

Durante los 90, una serie de casos muy publicitados que involucraban a personas políticamente expuestas (PEP) llamaron la atención sobre los problemas jurídicos y las dificultades prácticas que planteaba la recuperación internacional de activos.

Ante la ausencia de una clara obligación establecida en un tratado, Suiza aplicó su propia legislación para asistir a Estados extranjeros en la recuperación de activos provenientes de ilícitos con miras a su decomiso o su restitución a los legítimos demandantes. Este modo de cooperación ya se encontraba mencionado en la ley federal que regía la asistencia mutua en materia penal, que entró en vigor en 1983, pero fue refinada cuando se la modificó en 1997. De este modo, la legislación local proveyó el fundamento necesario para la transferencia sustancial de activos internacionalmente en los casos de Marcos y Abacha.

En los últimos años, Suiza ha seguido cuidadosamente, y en ocasiones monitoreado, las iniciativas internacionales diseñadas para aumentar la cooperación internacional en la lucha contra este tipo de criminalidad[4]. Suiza fue uno de los primeros países en ratificar la Convención de la OCDE para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales del 17 de diciembre de 1997 (la Convención de la OCDE contra el Soborno) y rápidamente aprobó legislación de implementación local para darle plena operatividad a la Convención. Suiza también ha ratificado el Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa del 27 de enero de 1999 que estableció objetivos más ambiciosos, por ejemplo, al criminalizar la aceptación de pagos ilícitos por parte de funcionarios públicos extranjeros así como el soborno en el sector privado. Los principios jurídicos que subyacen a la legislación local suiza se han insertado en el segundo protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Mutua en Materia Penal (art. 12), así como en otros instrumentos internacionales[5]. Por lo

[4] Ver, por ejemplo, el comunicado oficial del ministro de Relaciones Exteriores de Suiza del 18 de septiembre de 2007, comentando favorablemente la iniciativa conjunta del Banco Mundial y de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sobre recuperación de activos apropiados (StAR).

[5] Cf., por ejemplo, art. 8 del Convenio sobre Asistencia Mutua en Materia Penal entre Estados miembro de la Unión Europea, 29/5/2000; art. 14, párr. 2, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, 12/12/2002; art. 25.2.3, Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y al financiamiento del terrorismo, 16/5/2005.

tanto, la recuperación de activos se encuentra actualmente en proceso de transformarse en una herramienta reconocida de cooperación internacional.

II. Legislación local suiza

II. 1. Prohibición del soborno de funcionarios públicos extranjeros

Según la legislación suiza, la corrupción de un funcionario público extranjero requiere de un pago ilícito o de una ventaja indebida para determinar o inducir a ese funcionario a actuar en violación de sus deberes públicos o a ejercer su discrecionalidad a favor de quien lo soborna o de un tercero.

La corrupción activa de funcionarios públicos extranjeros fue introducida en la legislación suiza el 1 de mayo de 2000 en el artículo 322 *septies* (1) del Código Penal suizo (en adelante, SCC)[6]. Esta legislación fue diseñada para implementar la Convención de la OCDE contra la Corrupción del 17 de diciembre de 1997.

La corrupción pasiva de funcionarios públicos extranjeros ha sido criminalizada en el artículo 322 *septies* (2) del SCC desde el 1 de julio de 2006.

El requisito de la "ventaja indebida" puede ser de cualquier naturaleza. Por ejemplo, puede ser el regalo de un objeto valioso o una tarifa excesiva por un servicio[7].

Suiza no criminaliza los llamados "pagos de facilitación" a funcionarios públicos extranjeros. Los pagos similares a funcionarios públicos suizos (así como la recepción de un pago por parte de dichos funcionarios) constituyen un delito según el derecho penal suizo. Los pagos de facilitación sólo son tolerados si los funcionarios públicos los reciben para realizar (en general menores) funciones oficiales que no dependen de sus facultades discrecionales. En otras palabras, el pago será impune sólo si se dirige a obtener una función lícita desempeñada por un funcionario público extranjero.

La definición de funcionario público extranjero concuerda con los requisitos de la Convención de la OCDE contra la Corrupción e

6 RS 311.0. Disponible en *www.admin.ch/ch/f/rs/c311_0.html*. Ver el Mensaje del 10/8/1999 del Consejo Federal Suizo relativo a la modificación del Código Penal suizo y a la unión de Suiza a la Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional, en el Boletín Federal 1999, ps. 5045-5106, disponible en *www.admin.ch/ch/f/ff/1999/5045.pdf* (en adelante, Mensaje).

7 Cf. Mensaje, nota 6, p. 5076.

incluye a las personas que actúan para un Estado extranjero o una organización internacional, autoridades judiciales u otras autoridades, funcionarios civiles, peritos, traductores o intérpretes empleados de un funcionario público, árbitros y funcionarios de las fuerzas armadas[8].

Los individuos que desempeñan posiciones de responsabilidad en personas jurídicas del Estado o controladas por el Estado caen dentro de la definición de funcionario público extranjero en los términos del artículo 322 *septies* SCC. Por lo tanto, los directores, auditores y liquidadores de empresas controladas y supervisadas por el Estado se encuentran incluidos en esta definición.

II. 2. Prevención del lavado de dinero

La Ley Federal sobre prevención del lavado de dinero en el sector financiero (MLA) del 1 de abril de 1998 se aplica a todos los intermediarios financieros[9]. La MLA impone a dichos intermediarios financieros amplias obligaciones de identificación de clientes, mantenimiento de registros y reporte[10].

Con respecto a la identificación de clientes, se les exige a los intermediarios financieros que identifiquen no sólo al cliente, sino también al beneficiario final de los fondos[11]. Se requiere una mayor verificación de la identidad cuando, en cualquier etapa de la relación, surjan dudas sobre la identificación[12].

La MLA establece una obligación especial de evaluar el entorno económico y el propósito de la transacción o relación cuando parezcan inusuales o planteen dudas sobre su naturaleza legítima[13].

La Ley dispone una obligación de reporte cuando existen sospechas fundadas de que los activos involucrados en una relación se vinculan al delito, constituyen el producto de un delito o se encuentran bajo el control de una organización criminal[14].

8 Cf. Mensaje, nota 6, ps. 5072-5075.

9 RS 955.0. Disponible en *www.admin.ch/ch/f/rs/c955_0.html*.

10 Cf. Lombardini, C., *Banques et blanchiment d'argent, Convention de diligence, Ordonnance de la CFB, Code pénal et LBA*, Zurich, Basel, Geneva, 2006, ps. 71-100.

11 Arts. 3 y 4, MLA.

12 Art. 5, MLA.

13 Art. 6, MLA.

14 Art. 12, MLA.

La Comisión Federal Bancaria Suiza (en adelante, FBC) ha emitido una orden sobre lavado de dinero que contiene requisitos más estrictos de debida diligencia para los bancos, los administradores de fondos y los asesores de inversión regulados por la FBC (en adelante, orden de la FBC)[15]. La orden entró en vigor el 1 de julio de 2003 y coexiste con un conocido Código de Conducta acordado entre los bancos suizos con respecto al ejercicio de la debida diligencia, firmado por la Asociación de Bancos Suizos y por todos los bancos suizos[16]. La orden ha introducido una prohibición de aceptar el producto de la corrupción u otros delitos relacionados, aun si se cometen fuera de Suiza[17]. La decisión de iniciar relaciones de negocios con PEP del extranjero debe ser tomada por la dirección ejecutiva del banco[18]. Para evitar dudas, el producto del delito incluye todos los activos obtenidos mediante corrupción, malversación de caudales públicos y abuso de autoridad o tratos deshonestos por parte de un funcionario público[19]. El lenguaje utilizado en la orden va más allá de la definición de corrupción del SCC. En el caso de que un banco o cualquier otra entidad regulada acepten por negligencia activos derivados de ese tipo de delitos, la FBC puede determinar que la institución en cuestión (y/o miembros de su directorio) ya no cumple con los requisitos legales para realizar negocios en el sector financiero[20].

II. 3. Decomiso según la legislación local

El Código Penal suizo (arts. 69 a 72, SCC) claramente establece el embargo de bienes con miras al decomiso, así como el embargo de bienes que sean el resultado de un delito o que tengan como propósito inducir o recompensar a quien cometió el delito[21]. Existen mayores posibilidades de decomisar y embargar los activos

15 RS 955.022. Disponible en *www.admin.ch/ch/f/rs/c955_022.html*. Ver Lombardini, *Banques et blanchiment d'argent,* cit., ps. 21-34.

16 El texto del acuerdo se encuentra disponible en inglés en el sitio de Internet de la Asociación de Bancos Suizos, *www.swissbanking.org/en/shop.htm*.

17 Art. 4.1, orden de la FBC.

18 Art. 21, orden de la FBC.

19 Art. 4.2, orden de la FBC.

20 Art. 4.3, orden de la FBC.

21 Art. 70.1 SCC. Ver Schmid, N., *Einziehung (StGB Articles 69-73), Kommentar*, 2ª ed., Band I, Zurich, Basel, Geneva, 2007, y art. 70.1, SCC.

cuando se encuentran bajo el control de organizaciones criminales. Según el artículo 72, SCC, el tribunal puede ordenar el decomiso de todos los activos que se encuentren bajo el control de una organización criminal, cualquiera sea su origen. Se considera que los activos pertenecientes a una persona que ha participado o que ayuda a una organización criminal se encuentran sujetos al control de la organización.

Según el artículo 71, SCC, cuando los bienes a decomisar ya no se encuentran disponibles, el tribunal puede ordenar su reemplazo a raíz de una solicitud del Estado que requiera que el acusado pague una suma de dinero correspondiente al valor de los bienes.

Más aún, la legislación suiza establece un claro fundamento jurídico para incautar registros comerciales y bancarios que podrían ser utilizados como prueba de transferencias de dinero. El artículo 47, párrafo, 4 de la Ley Federal Bancaria releva a las instituciones financieras del secreto bancario para que puedan cumplir con su obligación de proveer información a las autoridades judiciales y de prestar testimonio[22].

También se preservan los derechos de los terceros de buena fe[23].

III. Localizar, embargar y recuperar el producto de la corrupción internacional

III. 1. Fundamento jurídico para conceder asistencia que facilite la recuperación de activos

Suiza ha ratificado numerosas convenciones establecidas por el Consejo de Europa en el ámbito de la asistencia jurídica internacional en materia penal, en particular:

– El Convenio Europeo sobre Extradición del 13 de diciembre de 1957[24]: el artículo 20, párrafo 1, incisos a y b, de esta Convención establece el embargo preventivo y la transferencia al Estado requirente de los objetos o artículos de bienes para ser utilizados como evidencia en el Estado requirente o que constituyan el producto del delito y que hayan sido encontrados al momento de la detención en poder del individuo buscado por el Estado requirente o que sean descubiertos luego de su entrega.

22 RS 952.0. Disponible en *www.admin.ch/ch/f/rs/c952_0.html*.

23 Según el art. 70.2.4 SCC.

24 ETS Nº 024.

– El Convenio Europeo de Asistencia Mutua en Materia Penal del 20 de abril de 1959[25]: según el artículo 3, párrafo 1, y la Sección 6, párrafo 1, es posible la transferencia de objetos o artículos de propiedad para ser utilizados como evidencia en los tribunales del Estado requirente.

– El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del 8 de noviembre de 1990 (Convención de Lavado)[26]: uno de los principales propósitos de esta Convención es facilitar la cooperación internacional en relación con la asistencia en la investigación, la búsqueda, el embargo y el decomiso del producto de todo tipo de delitos, especialmente de delitos graves que generan grandes ganancias. Según el artículo 13 de la Convención de Lavado, el Estado requerido tiene la obligación alternativa de ejecutar una orden de decomiso emitida por el Estado requirente o bien de remitir la solicitud a sus propias autoridades para obtener una orden local de decomiso que, de ser concedida, sea ejecutada.

– El Convenio Penal sobre Corrupción del 27 de enero de 1999[27].

Además, Suiza se encuentra en proceso de ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC). El artículo 57 párrafo 3 (a) de este instrumento internacional establece la obligación del Estado requerido de repatriar los bienes decomisados al Estado requirente.

Las obligaciones establecidas en los tratados se complementan con la legislación local suiza, por ejemplo, la Ley Federal sobre Asistencia Mutua en Materia Penal del 20 de marzo de 1981, modificada el 1 de febrero de 1997 (en adelante, IMAC)[28]. También es posible conceder asistencia mutua a un Estado extranjero bajo las disposiciones más generosas de la legislación suiza, en situaciones en las cuales el tratado en cuestión no establezca específicamente la cooperación internacional.

III. 2. Medidas cautelares (embargo de bienes)

El objetivo de las medidas cautelares es congelar o embargar los bienes (a pedido de un Estado extranjero) para impedir todo nego-

25 ETS Nº 030.

26 ETS Nº 141, ver nota 2.

27 ETS Nº 173.

28 RS 351.1. Disponible en *www.admin.ch/ch/f/rs/c351_1.html*.

cio, transferencia o disposición de dichos bienes que, en una etapa posterior, pueden ser objeto de una solicitud de decomiso[29]. En general se admite en Suiza que una solicitud formal de un Estado extranjero para la repatriación de bienes supuestamente producto del delito contenga implícitamente una solicitud para su embargo preventivo. Sin embargo, una solicitud de embargo de los activos no implica *per se* un pedido de repatriación. En otras palabras, el Estado extranjero que busca asistencia para recuperar el producto del delito como la gran corrupción debe hacer explícita su solicitud de que los bienes sean repatriados.

El estándar jurídico para una solicitud que se dirige a obtener el embargo preventivo de los bienes no es el mismo que para una solicitud de repatriación de dichos bienes al Estado requirente. En el primer caso, es suficiente con que las autoridades del Estado requirente indiquen su sospecha de que los bienes en cuestión están vinculados a un delito. En el segundo caso, el Estado requirente debe mostrar con un mayor grado de probabilidad un vínculo entre la supuesta conducta delictiva y los bienes en cuestión.

Según el artículo 18, IMAC, un Estado requirente puede obtener medidas cautelares urgentes mediante una orden de las autoridades suizas de congelar los activos en cuestión a raíz de una solicitud de dicho Estado[30]. La orden debe cumplir con los requisitos de urgencia y proporcionalidad. El objetivo de este tipo de orden es congelar temporalmente determinados activos hasta que el Estado requirente formalice una solicitud de embargo. Las autoridades suizas le darán al Estado requirente un plazo adecuado para realizar la solicitud formal, la cual deberá contener los hechos relevantes, su calificación jurídica y el supuesto vínculo entre los hechos y los bienes localizados en Suiza. Se tomaron medidas urgentes, por ejemplo, a pedido de la República Democrática del Congo (Mobutu) y de Pakistán (Bhutto).

[29] Ver Harari, M., "Remise internationale d'objets et de valeurs: réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP", en *Procédure pénale Droit pénal internacional Entraide pénale, Etudes en l'honneur de Dominique Poncet*, 1997, ps. 167-201; Harari, M., "Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?", en *Revue Pénale Suisse*, 1998, ps. 1-25.

[30] Cf. Moreillon, L. (ed.), *Entraide internationale en matière pénale, Commentaire Romand*, art. 18 IMAC; Zimmermann, R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2ª ed., nº 206, Berna, 2004.

III. 3. Repatriación de activos a un Estado extranjero con miras al decomiso o la restitución a las víctimas

III. 3. A. Asistencia mutua

Suiza modificó su legislación sobre asistencia mutua en materia penal (IMAC) el 1 de febrero de 1997 para facilitar la asistencia solicitada por los Estados requirentes con el fin de obtener la repatriación del producto del delito.

En los casos de extradición, el Estado requirente puede solicitar la repatriación de los objetos o bienes hallados en posesión del fugitivo y que supuestamente son el producto de un delito (art. 59, párr. 1.b., IMAC).

En los casos de asistencia mutua, un Estado requirente puede solicitar la repatriación de activos, ya sea como medida de ejecución de una orden de sus propios tribunales o mientras las investigaciones o procesos penales aún se encuentran pendientes. En el primer caso, la transferencia de activos sólo se realizará cuando los tribunales del Estado requirente emitan una sentencia final y obligatoria que ordene el decomiso de los activos en cuestión o su restitución a los legítimos demandantes. En el segundo caso, la repatriación de los bienes al Estado requirente puede ser posible en cualquier etapa del proceso en el extranjero y antes de que se emita dicha orden.

La legislación suiza (art. 74.a, párr. 3, IMAC) sí establece que, como regla, Suiza deberá exigir una sentencia definitiva y obligatoria en el Estado requirente con respecto al decomiso o la restitución de activos[31]. La Corte Suprema Federal de Suiza ha establecido en el caso Marcos[32] que el lenguaje utilizado en la ley, esto es, los términos "como regla general", debe ser entendido como la expresión de la voluntad del parlamento suizo de otorgarles cierta discrecionalidad a las autoridades suizas que se encarguen de la ejecución de cartas rogatorias. El principio establece que no le corresponde a dichas autoridades revisar el contenido y las razones jurídicas que subyacen a la orden extranjera. Una vez que los tribunales del Estado requirente han emitido una sentencia definitiva y obligatoria, no se espera que las autoridades suizas cuestionen o revisen el vínculo entre los bienes en cuestión y el delito, excepto que exista una fla-

31 Cf. Moreillon, *Entraide internationale en matière pénale,* cit., y art. 74.a IMAC; Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, cit., nº 188-192.

32 Sentencias del Tribunal Federal Suizo BGE 123 II 595.

grante violación de la regla de proporcionalidad (por ejemplo, si el valor de los activos suizos que serán repatriados al Estado requirente es claramente superior al producto del delito identificado en la sentencia extranjera). Sin embargo, la repatriación de bienes al Estado requirente está sujeta al requisito de que los procesos extranjeros que llevaron a la sentencia de decomiso o de restitución cumplan con los estándares del debido proceso internacionalmente reconocidos según las disposiciones relevantes de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y/o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Si no existe una sentencia definitiva y obligatoria de los tribunales del Estado requirente, las autoridades suizas determinarán la repatriación de los activos basándose en las características específicas del caso. Si la situación es clara en relación a la identificación de los bienes en cuestión y a su origen delictivo, las autoridades ejercerán su discrecionalidad para ordenar su repatriación al Estado requirente. Si la situación no es clara, no se realizará la repatriación de los activos. Al llevar a cabo esta determinación, las autoridades suizas considerarán los hechos alegados por el Estado requirente así como la probabilidad de que los activos localizados en Suiza estén de hecho vinculados con una conducta delictiva.

En su sentencia del 7 de febrero de 2005 en el caso Abacha, la Corte Suprema Federal de Suiza confirmó una resolución del Departamento Federal de Justicia (el organismo del gobierno suizo que se encargaba de la carta rogatoria remitida por el Gobierno de Nigeria) de transferir a Nigeria u$s 458 millones del remanente de los activos de Abacha (en Suiza) de u$s 505 millones[33]. A la luz de las presentaciones realizadas por parte del Gobierno de Nigeria, la Corte Suprema determinó que no se requería una sentencia definitiva y ejecutable de decomiso en Nigeria, dado que el Estado requirente había demostrado suficiente evidencia para convencer al tribunal de que los activos en cuestión "claramente se originaron en una conducta delictiva". El tribunal aplicó estándares locales de evidencia en relación a los activos que se encuentran bajo el control de una organización criminal. Según la legislación suiza (art. 72, SCC), el tribunal decomisará todos los activos que se encuentren en poder de disposición de una organización criminal; se considera que todos los activos pertenecientes a una persona que participe o ayude a una

[33] Sentencias del Tribunal Federal Suizo BGE 131 II 169.

organización criminal –a menos que esta persona pueda probar lo contrario– se encuentran en poder de disposición de la organización[34]. El tribunal dispuso que, por el momento, la suma de u$s 40 millones debería continuar congelada en Suiza y que debería dársele la oportunidad al titular de la cuenta de realizar un descargo sobre el origen de los fondos.

En consecuencia, el tribunal ha calificado a un grupo de funcionarios gubernamentales de alta jerarquía y a sus familiares como una organización criminal y ha aplicado una presunción rebatible de que los activos controlados por dicha organización tienen un origen delictivo.

III. 3. B. Repatriar los activos al Estado requirente

Según la legislación suiza (art. 59, párr. 3 y art. 74.a, párr. 2, IMAC), los activos que pueden ser repatriados al Estado requirente son los siguientes:

a) Los objetos que se han utilizado para cometer un delito (*instrumenta sceleris*), por ejemplo, un arma o un cheque falsificado.

b) El producto del delito (*producta sceleris*), esto es, los objetos o bienes que surgen del delito, por ejemplo, una pintura robada o una suma de dinero obtenida por medios fraudulentos.

c) El resultado de un delito (*fructa sceleris*), es decir, los objetos que han sido creados por medio del delito, por ejemplo, moneda falsificada.

d) Cualquier beneficio o enriquecimiento ilícito resultado de la actividad delictiva (*praetium sceleris*), esto es, una recompensa o un soborno que se le entregó a un funcionario público.

e) El valor de reemplazo del producto del delito; el valor de reemplazo que puede ser entregado a un Estado requirente es la conversión del producto directo de un delito o cualquier otro objeto que pueda ser vinculado con el delito (por ejemplo, mediante documentación)[35].

Existen diversas situaciones en las cuales la legislación suiza no permite la transferencia de activos al Estado requirente:

a) La víctima del delito tiene su residencia habitual en Suiza y tiene un reclamo legítimo para que se le restituyan los activos.

b) Una autoridad suiza tiene un reclamo sobre los activos (por

[34] Cf. Schmid, *Einziehung (StGB Articles 69-73),* cit., art. 72 SCC.

[35] Cf. Harari, *Remise internationale d'objets et de valeurs*, cit., p. 177.

ejemplo, los bienes importados ilegalmente son decomisados por la Aduana suiza).

c) Una persona que no está involucrada en una conducta delictiva demuestra que de buena fe allí ha obtenido un título sobre los activos en cuestión.

d) Una persona cuya residencia habitual se encuentra en Suiza demuestra que de buena fe ha obtenido en Suiza un título sobre los activos en cuestión.

e) Los objetos o bienes se requieren en un proceso penal pendiente en Suiza o son pasibles de decomiso en dicho país[36].

III. 3. C. Decomiso del producto del delito

Si bien existe un claro fundamento jurídico para repatriar al Estado requirente los bienes específicos que representan el producto o los instrumentos del delito, la situación no es tan evidente para el decomiso del producto consistente en el requisito de pagar una suma de dinero correspondiente al valor del producto[37].

En esa situación, los bienes en cuestión no se consideran como producto de una conducta delictiva y no existe un vínculo real entre esos bienes y el delito en sí[38]. De hecho, los procesos penales en el extranjero apuntan a todos los bienes de la persona acusada o de un tercero, sin importar si existe un vínculo entre esos bienes y un delito.

La Corte Suprema ha establecido recientemente que el embargo de bienes en Suiza con el fin de pagar una suma de dinero correspondiente al valor del producto le daría al Estado requirente un privilegio injustificado con respecto a todos los demás acreedores del propietario de los bienes[39]. Ante la ausencia de un vínculo entre los bienes embargados y la conducta delictiva, no estaría permitido según la legislación suiza conceder la repatriación de los bienes mientras se encuentran pendientes investigaciones o procedimientos en el extranjero. En tal situación, la única opción disponible para

36 Art. 74.a.4 IMAC.

37 Cf. Moreillon, *Entraide internationale en matière pénale,* cit., nº 20 y ss., y art. 74.a IMAC; Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, cit., nº 188; ver, también, Harari, *Remise internationale d'objets et de valeurs*, cit., ps. 180-181, y nota 64; Lombardini, *Banques et blanchiment d'argent,* cit., nº 230, p. 68.

38 Sentencias del Tribunal Federal Suizo BGE 129 II 453,461.

39 Sentencia del 11 de julio de 2007, caso identificado como 1C.126/2007, disponible en *www.bger.ch*.

el Estado requirente sería solicitar la ejecución de una sentencia definitiva y obligatoria por parte de sus propios tribunales.

IV. Distribución de los activos decomisados

El artículo 11 de la Ley Federal sobre distribución de activos decomisados (Ley de Distribución de Activos) del 19 de marzo de 2004 es actualmente el fundamento jurídico para los acuerdos internacionales de distribución de activos[40]. Como regla, tales acuerdos establecen la distribución en partes iguales entre Suiza y el Estado requirente, pero la Ley permite un acuerdo de otro tipo[41]. Incluso es posible repatriar todos los activos decomisados al Estado requirente por determinados motivos, como la naturaleza del delito, el grado de participación del Estado extranjero en la investigación, el contexto internacional o el alcance de los daños que el delito causó para los intereses del Estado extranjero. Según su antigua práctica, Suiza continuará repatriando activos decomisados originados en esquemas de gran corrupción o en la malversación de caudales públicos por parte de funcionarios públicos, sin insistir en la distribución de los activos. La Ley de Distribución de Activos no requiere que las autoridades del Estado extranjero utilicen los activos repatriados de un modo específico. Sin embargo, no establece ningún derecho a favor del Estado extranjero y, por lo tanto, las autoridades suizas tendrán cierta flexibilidad para determinar la mecánica de la repatriación de los activos, esto es, la restitución directa o indirecta al Estado extranjero (o a otras víctimas), las condiciones, la utilización de parte de los activos para programas especiales de desarrollo o para el alivio de deuda.

Cuando Suiza ratifique la UNCAC, tendrá que asegurarse de que la Ley de Distribución de Activos sea consistente con el artículo 57, párrafo 3, de la Convención que establece una obligación, si se cumple con todos los requisitos legales, de repatriar los bienes decomisados al Estado requirente. Por lo tanto, la repatriación de los bie-

[40] RS 312.4. Disponible en *www.admin.ch/ch/f/rs/c312_4.html*. Ver el Mensaje del 14 de octubre de 2001 del Consejo Federal Suizo en relación a la Ley Federal de Distribución de Activos Decomisados en el Boletín Federal 2002, ps. 423-461, disponible en *www.admin.ch/ch/f/ff/2002/423.pdf*.

[41] Cf. Balmelli, T., "La restitution internationale des avoirs acquis par la corruption: de l'obligation morale à l'obligation juridique", en *Les traités internationaux contre la corruption*, Lausanne, Berna, Lugano, 2004, ps. 63-89.

nes decomisados será una obligación en los términos del artículo 57, párrafo 3, de la Convención *vis a vis* otros Estados parte. Es predecible que las autoridades suizas continúen aplicando la Ley de Distribución de Activos como una medida de cortesía al responder a las solicitudes de todos los demás Estados.

V. Problemas jurídicos y dificultades prácticas

La repatriación de activos obtenidos ilícitamente plantea una serie de problemas jurídicos y de dificultades prácticas.

V. 1. Inmunidad

Es un principio generalmente aceptado que un jefe de Estado es totalmente inmune de ser sometido a un proceso penal. La inmunidad (*ratione materiae*) se ha extendido a otros funcionarios de alta jerarquía que representan al Estado, como un primer ministro o un ministro de relaciones exteriores[42]. En un *obiter dictum* en el caso Marcos, la Corte Suprema Federal suiza claramente afirmó la regla de inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio de sus funciones[43].

Sin embargo, el Tribunal Federal ha establecido que si el Estado (o un jefe de Estado) intenta depositar activos en un banco suizo para garantizar su inmunidad, esto debería realizarse bajo su propio nombre y no con la intermediación de una empresa *offshore* o de un tercero; por lo tanto, un individuo, incluyendo a un jefe de Estado extranjero, que decide interponer a una empresa para ocultar su identidad está obligado por la apariencia jurídica que ha creado[44].

Se encuentra fuera de discusión que la inmunidad deja de aplicarse si el Estado involucrado, actuando a través de sus autoridades competentes, declara su intención de levantar la inmunidad de sus antiguos gobernantes: la inmunidad del jefe de Estado es principalmente un atributo de la soberanía estatal, no un derecho personal,

[42] Cf. Orden de detención del 11 de abril de 2000 (*Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium*), Sentencia, ICJ Reports 2002, p. 3; Henzelin, M., *L'immunité pénale dans le domaine économique, bancaire et financier : un état de la pratique Suisse et internationale, in Le droit international des immunités,* París-Bruselas, 2004, ps. 219-251.

[43] Sentencias del Tribunal Federal Suizo BGE 115 1b 496.

[44] Sentencias del Tribunal Federal Suizo del 8 de marzo de 1999 identificadas como 1P.631/1998 y 1P.633/1998, parcialmente publicadas en el Semanario Judicial 1999 I, 427.

por lo que puede ser revocada por el Estado[45]. La Corte Suprema suiza claramente llegó a la misma conclusión en el caso Marcos[46]. Es importante destacar que la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los funcionarios públicos de alta jerarquía no significa que gocen de impunidad con respecto a todo delito que puedan haber cometido, sin importar su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son dos conceptos bien distintos. La inmunidad jurisdiccional puede impedir la persecución por un determinado período o por determinados delitos; no puede exonerar a la persona a la que se aplica de toda responsabilidad penal.

El derecho internacional gradualmente ha establecido la responsabilidad personal de los funcionarios públicos de alta jerarquía (incluidos los jefes de Estado) por delitos de lesa humanidad, como las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario (Convenciones de Ginebra). El desarrollo del derecho establecido en los tratados para combatir la corrupción internacional y el uso indebido de los cargos públicos no altera la doctrina de la inmunidad estatal con respecto a este tipo de criminalidad. Por más graves que puedan parecer estos delitos, ellos no impiden (según los principios generales del derecho internacional) el reconocimiento de inmunidad *ratione materiae* a los gobernantes en ejercicio. Sin embargo, la evolución de los conceptos jurídicos en este ámbito probablemente influya sobre el destino de los activos mantenidos en el extranjero por *ex gobernantes*, facilitando su recuperación así como el establecimiento de procesos penales contra dichas personas y sus colaboradores[47]. El prerrequisito para la acción judicial es y sigue siendo que estas personas ya no se encuentren en sus cargos y que, por lo tanto, ya no ejerzan las funciones oficiales que generan la inmunidad.

45 Cf. Borghi, A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Geneva, 2003, p. 173. Ver también la resolución del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, *in re* "Mr. and Mrs. Doe v. United States of America", 860 F. 2º 40 (1988).

46 Sentencias del Tribunal Federal Suizo BGE 113 Ib 257, parcialmente publicada en el *Journal des Tribunaux* 1999 IV, 29.

47 Cf. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, cit., p. 397.

V. 2. Falta de cooperación en casos de asistencia mutua

La repatriación de activos no será posible si el Estado víctima del delito no logra iniciar procesos locales o no puede concluirlos. Por diversos motivos (influencia política o falta de buen gobierno), el Estado requirente puede encontrar dificultades para obtener pruebas suficientes contra el ex jefe de Estado (u otros funcionarios de alta jerarquía) con respecto a la violación de sus deberes públicos durante su mandato. A medida que pasa el tiempo, localizar y presentar pruebas admisibles que demuestren el origen ilícito del dinero puede determinar si el gobierno extranjero podrá recuperar ese dinero o no. Además, le corresponde a los tribunales de la jurisdicción en cuestión garantizar un debido proceso para todas las partes involucradas, incluyendo a los familiares de los antiguos gobernantes.

Un ejemplo llamativo de este dilema es el amplio embargo establecido sobre las cuentas suizas vinculadas al ex gobernante de Haití Jean-Claude "Baby Doc" Duvalier y su familia. El 22 de agosto de 2007, el Consejo Federal suizo amplió el embargo, asegurando que las cuentas continuaran congeladas por un año más. Estos activos han estado congelados desde 1986. También fue prolongado el proceso relativo a los activos vinculados con Mobutu Sese Seko, el ex gobernante de la República Democrática del Congo (antiguamente Zaire). En ambos casos, los procedimientos de asistencia mutua tuvieron que ser interrumpidos debido a la falta de cooperación por parte de las autoridades extranjeras y a que no proveyeron garantías adecuadas con respecto al proceso judicial. En la actualidad, el Consejo Federal suizo está revisando la legislación suiza con miras a lidiar con este tipo de situaciones y, de ser apropiado, sugerirá modificaciones a la legislación[48].

V. 3. La solicitud no cumple con los requisitos legales suizos

La legislación local suiza establece que la asistencia mutua no puede ser concedida a favor de procesos penales extranjeros si ellos no cumplen con los mínimos estándares reconocidos internacionalmente y, en particular, con los derechos del debido proceso garantizados en la Convención Europea de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, la carta

[48] Cf., por ejemplo, las intervenciones paelamentarias de L. Recordon, el 11 de junio de 2007, y de R. Gysin, el 13 de junio de 2007, ante la Asamblea Federal, disponible en *www.parlament.ch/f/homepage.htm*.

rogatoria debe cumplir con el estándar de doble incriminación, esto es, los hechos afirmados por la autoridad requirente deben coincidir con la definición de un delito según la legislación suiza[49]. Los hechos mencionados en la carta rogatoria deben demostrar que existe una probabilidad razonable de que los activos objeto de una solicitud de transferencia son el producto del delito. Las autoridades suizas también deben convencerse de que el Estado extranjero no está embarcándose en una denominada "operación de pesca", es decir, en una amplia búsqueda de activos localizados en Suiza sin contar con razones válidas para investigar un delito.

La legislación suiza también protege los reclamos de terceros de buena fe sobre los activos (cuando se cumplen los requisitos de dicha protección) y considera debidamente las demandas de compensación de las víctimas (incluyendo a las víctimas de violaciones de derechos humanos) que pueden limitar el camino de la restitución directa al Estado requirente[50].

V. 4. Distintas opciones para la recuperación de activos

No hay un procedimiento estándar para repatriar los activos derivados de delitos relacionados con la corrupción. Tampoco hay un mecanismo actualmente establecido en algún tratado que prevea la asignación o el monitoreo de los activos repatriados.

Por lo tanto, la recuperación de activos se maneja por consideraciones pragmáticas. La restitución directa no siempre es posible o apropiada. Una opción que ha sido revisada con las instituciones financieras internacionales es el uso de los activos para la negociación parcial de deudas a nivel bilateral o multilateral. Sin embargo, la asignación de activos para el alivio de la deuda pública requiere una profunda revisión tanto de su factibilidad técnica como de su sustentabilidad política, teniendo en cuenta la percepción de que la reducción de la deuda pública puede no beneficiar a la población.

Una segunda opción es utilizar los activos repatriados para iniciar o contribuir con programas de reducción de pobreza u otros proyectos de interés público. La asignación de fondos para el interés público exige objetivos claros, la definición de programas coheren-

[49] Cf. Moreillon, *Entraide internationale en matière pénale,* cit., nº 588 y ss., e Introducción; Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, cit., nº 346 y siguientes.

[50] Art. 73, SCC.

tes y un cierto grado de monitoreo para asegurar que los activos repatriados sean debidamente utilizados.

Esta opción fue claramente adoptada en relación a la repatriación de los fondos de Abacha a Nigeria. Luego de que la Corte Suprema Federal de Suiza autorizara la repatriación de aproximadamente u$s 458 millones, los gobiernos de Nigeria y Suiza y el Banco Mundial acordaron que se realizara un estudio para analizar el uso de los fondos que fueron efectivamente repatriados entre septiembre y noviembre de 2005. Si bien estos fondos fueron tratados como parte de los recursos del presupuesto general de Nigeria, fueron asignados a proyectos seleccionados vinculados a programas de reducción de pobreza. Ambos gobiernos acordaron mecanismos de monitoreo[51].

Otro ejemplo del mecanismo de restitución indirecta puede encontrarse en el acuerdo al que llegaron Angola y Suiza en noviembre de 2005 sobre la transferencia de u$s 21 millones. Esta suma había sido congelada en una cuenta bancaria suiza por un juez suizo que estaba investigando transferencias de dinero vinculadas a una oferta pública. Estos fondos han sido asignados a proyectos humanitarios en Angola, actualmente monitoreados por el Departamento de Desarrollo y Cooperación suizo (que forma parte del Ministerio de Relaciones Exteriores suizo)[52]. Los posibles proyectos incluyen planes de construcción, creación de unidades sanitarias, mejora de los servicios públicos y asistencia a poblaciones desplazadas.

VI. Conclusiones

Suiza ha desarrollado una amplia gama de instrumentos jurídicos para localizar y embargar activos obtenidos ilícitamente por parte de funcionarios públicos extranjeros de alta jerarquía que pue-

[51] Cf. el informe preparado por el Banco Mundial en cooperación con el ministro Federal de Finanzas sobre la Utilización de los Fondos Repatriados de Abacha, Resultados del Ejercicio de Monitoreo del 22 de diciembre de 2006. Ver también el Informe Shadow de la Nigeria Public Expenditure Management and Financial Accountability Review (PEMFAR) Ejercicio de Monitoreo, por el Reverendo D. Ugolor, A. Nwafor y J. H. Nardine por la Nigerian Network on Stolen Assets (NNSA) del 18 de diciembre de 2006.

[52] Cf., por ejemplo, el comunicado oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores suizo, del 24 de octubre de 2006, confirmando la existencia del acuerdo entre Angola y Suiza del 1 de noviembre de 2005, y anunciando que los fondos serían asignados a proyectos humanitarios en Angola.

den haber ingresado en el sistema financiero suizo. La política oficial de Suiza, generada por la práctica de sus autoridades y la jurisprudencia de sus tribunales, es facilitar la cooperación internacional con Estados extranjeros con miras a la recuperación de activos y a la eventual restitución a los legítimos demandantes y víctimas.

El proceso de recuperación y asignación de activos relacionados con la corrupción es complejo e involucra diversos reclamos e intereses en conflicto: el Estado requirente, el Estado requerido, las víctimas del delito y los terceros de buena fe pueden todos tener un interés legítimo en los activos. En cierta medida, la recuperación internacional de activos es un área del derecho que aún se encuentra en proceso de creación y no puede realizarse en un vacío legal. Si bien la práctica suiza y la jurisprudencia son relativamente refinadas y sin duda le dan una debida consideración al *rule of law*, aún hay lugar para debatir las consecuencias jurídicas y políticas de esta nueva herramienta de cooperación internacional.

Tercera Parte

La recuperación de activos en la práctica. Dos casos de estudio

Capítulo 9

La experiencia de Perú: el caso "Fujimori-Montesinos"*

Guillermo Jorge

I. Introducción

Vladimiro Montesinos Torres, el jefe de inteligencia de facto y principal asesor del ex presidente de Perú Alberto Fujimori desde 1990 hasta el año 2000, fue el arquitecto y administrador de una amplia red de corrupción pública y graves violaciones a los derechos humanos, que incluían relaciones con el tráfico de drogas y de armas, la extorsión de empresarios de alto perfil y el soborno de todo tipo de servidores públicos. Respondían a él jueces, legisladores, dueños de multimedios, traficantes de drogas, líderes de la industria y militares de alto rango.

El desenmascaramiento de Montesinos llegó, irónicamente, sólo semanas después de que lograra la reelección de Fujimori para un tercer mandato inconstitucional. En septiembre de 2000, se hizo público un video que mostraba a Montesinos pagando un soborno a un legislador y el régimen comenzó a caer. Poco tiempo después, más de setecientos videos –denominados "vladivideos"– fueron descubiertos en la oficina de Montesinos, confirmando lo que había sido *vox populi* en las calles de Lima desde 1990: Montesinos no sólo era un funcionario que cobraba sobornos, sino que también hacía negocios con drogas, armas y otros mercados ilícitos. Montesinos manejaba la vida política del país, usando los fondos públicos para mantener lealtades mediante el pago de sobornos regulares a jueces, políticos opositores y medios de comunicación.

Desde la caída del régimen de Fujimori, se introdujeron diversas reformas en el sistema jurídico peruano con el fin de perseguir los delitos que habían cometido Montesinos y sus colaboradores. Además, se realizaron muchos esfuerzos para localizar y repatriar el producto de la corrupción pública y de otros delitos graves. Hasta ahora, se han repatriado u$s 174 millones desde Suiza, Estados Unidos y las Islas Caimán, mientras que u$s 47 millones continúan congelados en

* Versión original en inglés (*The Peruvian Efforts to Recover from Montesino's Criminal Network of Corruption*) publicada en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Berna, 2008, ps. 111-132.

cuentas bancarias en Suiza, México, Luxemburgo y Panamá[1]. Para recuperar los activos, las autoridades peruanas recibieron cooperación de países pertenecientes a diferentes tradiciones jurídicas, lo que hace que las lecciones del caso "Montesinos" sean particularmente interesantes.

El resto de este artículo se organiza del siguiente modo. El apartado II analiza los desarrollos jurídicos introducidos en la legislación peruana para mejorar las posibilidades de perseguir eficientemente los delitos de Montesinos y sus colaboradores. El punto III considera los procesos y estrategias jurídicos que tomaron las autoridades peruanas para recuperar el producto de la corrupción. El apartado IV resume las lecciones aprendidas para casos futuros y el V provee una conclusión.

II. Mejorando el sistema penal peruano para la persecución del crimen organizado y de la corrupción sistemática

El régimen de Fujimori dejó a las instituciones peruanas en condiciones muy pobres para llevar a cabo investigaciones independientes contra quienes eran sospechosos de haber participado y de haberse beneficiado de actos ilícitos. La mayor parte de las instituciones habían sido cooptadas ya en 1992.

Además del problema de captura institucional, el sistema jurídico peruano estaba mal equipado para enfrentar una red criminal de tales proporciones. En el año 2000, las disposiciones del Código Penal peruano no cubrían las maniobras de naturaleza pública/privada que había realizado Montesinos, ni proveían un marco comprensivo para detectar y perseguir esquemas de lavado de activos. Sólo contenía definiciones clásicas de soborno, malversación, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Prácticamente no había jurisprudencia, lo que reflejaba una larga tradición de tolerancia pública hacia la corrupción. El sistema preventivo peruano también era inadecuado, pues carecía de definiciones precisas y de procedimientos administrativos para tratar los conflictos de interés y otras violaciones de deberes públicos.

El Código Procesal Penal presentaba otros obstáculos, vinculados con la tradición del sistema inquisitivo –a diferencia de un modelo adversarial– que establecía la persecución penal obligatoria,

[1] Datos oficiales de la Procuraduría Ad Hoc para los casos de Fujimori y Montesinos. Disponibles en *www.procuraduriaadhoc.gov.pe.*

creando una enorme cantidad de trabajo para casos insignificantes. El concepto de *guilty plea* existía como tal. Dado que el objetivo del proceso penal es "encontrar la verdad", los acuerdos entre la fiscalía y la defensa eran incompatibles con el sistema. Además, no había arreglos institucionales para permitir la cooperación entre los organismos del Estado y los canales informales de colaboración eran socavados por un sentimiento general de desconfianza generado por la reproducción de nuevos "vladivideos" en los medios.

Cuando Fujimori fue desplazado por el Congreso, el gobierno provisional peruano comenzó a tratar los principales déficits[2]. El primer paso fue crear autoridades anticorrupción, hasta entonces desconocidas en el sistema judicial peruano. Se creó una "Procuraduría Ad Hoc" para manejar los casos más importantes y los Procuradores ad hoc contratados provinieron de un estudio jurídico respetable. Casi al mismo tiempo, el nuevo procurador general formó un equipo de fiscales especializados, complementado por peritos contadores y personal técnico de la policía nacional. Un año más tarde, se crearon seis tribunales anticorrupción de primera instancia y una cámara de apelaciones. Teniendo en cuenta el contexto –muchas autoridades judiciales estaban bajo investigación y la carga de trabajo de los casos complejos se incrementaba exponencialmente– la creación de fiscales y tribunales especializados fue una respuesta racional.

Un segundo paso inmediato fue establecer legalmente un tipo de mecanismo de *plea bargaining* disponible para las investigaciones que involucraban asociaciones ilícitas[3]. Excepto por los jefes criminales y por los funcionarios públicos de alta jerarquía designados con arreglo a la Constitución –sometidos a un procedimiento constitucional específico– los miembros de una organización criminal que enfrentaban posibles acusaciones penales eran incentivados a proveer información a cambio de una sentencia mitigada, o de inmunidad[4]. La defensa y el fiscal realizan una negociación utili-

[2] Todas las reformas jurídicas adoptadas en relación a la investigación de corrupción y de crimen organizado pueden consultarse en *www.procuraduriaadhoc.gob.pe/marcolegal/index.php.*

[3] Ley 27.738, Colaboración Eficaz.

[4] Esto representa un mecanismo altamente innovador en los procesos penales latinoamericanos. Si bien en las últimas dos décadas se adoptaron diversas formar de *bargaining* en los procesos penales latinoamericanos, estaban más dirigidos a aliviar la carga de trabajo de los tribunales producida por el principio de "persecución obligatoria" que a asegurar información sobre organizacio-

zando un procedimiento específico que le da al fiscal poder real para establecer los términos de la negociación. La concesión del beneficio (mitigación de la sentencia o inmunidad) está condicionada a que la información que provea el acusado tenga un resultado positivo. El rol del juez se limita a analizar si el acusado realizó el acuerdo de forma voluntaria y si tuvo conocimiento de que estaba realizando un acuerdo de colaboración[5].

Si bien los "vladivideos" identificaban a los partícipes (y, por lo tanto, a los potenciales colaboradores) y a las transacciones, no daban ninguna información acerca de dónde se había ocultado el dinero. En esta situación, la nueva ley de colaboración eficaz fue un complemento perfecto, proveyendo el instrumento clave para rastrear los activos. Los fiscales se beneficiaron de información entregada por más de cien colaboradores, incluyendo a importantes miembros de la red de Montesinos: su secretario privado, varios traficantes de armas y algunos líderes de los medios.

Una tercera reforma importante fue la que permitió solicitar medidas cautelares restrictivas durante las investigaciones preliminares –antes de iniciar el procedimiento formal[6]–. Una reforma complementaria fue adoptada para lidiar con los efectos adversos de las inmunidades permitiéndole al procurador general iniciar investigaciones preliminares contra funcionarios públicos de alta jerarquía, quienes, según la Constitución[7], sólo pueden ser acusados por

nes criminales. Para un análisis profundo de esta tendencia ver Langer, Máximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", en 45 *Harvard International Law Journal* 1-64, 2004; del mismo autor, "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery", en *UCLA School of Law Public Law & Legal Theory,* Research Paper Series, Research Paper nº 07-22, 2007.

5 Calderón Navarro, N., "Fighting corruption. The Peruvian Experience", en 4 *J. Int'l Crim. Just*, 488, julio, 2006.

6 La ley 27.379 permitió a los fiscales solicitar órdenes judiciales durante la investigación preliminar –antes de requerir la instrucción formalmente– para obtener arrestos preventivos, restricciones para dejar el país, allanamientos de domicilios y oficinas, secuestro de documentación, libros contables y correspondencia privada, medidas restrictivas de la transferencia de propiedades, levantamiento del secreto bancario y fiscal, y amplios poderes para acceder a información en manos de instituciones públicas y privadas.

7 Según el artículo 99 de la Constitución de Perú, el presidente, los representantes del Congreso, los ministros, los miembros del Tribunal Constitucional,

una Comisión Permanente del Congreso y juzgados por el Congreso. En sus investigaciones preliminares, el procurador general podía solicitar las medidas cautelares establecidas en la ley 27.379 con la previa autorización de un juez de la Corte Suprema. Además, las Comisiones Investigativas del Congreso creadas para investigar la corrupción podían solicitar las mismas medidas con la autorización previa de un miembro de la Corte Suprema. En el año 2002, las facultades de persecución en las investigaciones preliminares fueron extendidas a la intervención de las comunicaciones.

III. La recuperación de activos

III. 1. Activos repatriados desde Suiza

Cuando el primer "vladivideos" fue globalmente transmitido, la Unidad de Información Financiera Suiza[8] recibió un reporte de una transacción sospechosa relativo a activos vinculados a Montesinos. Según la legislación suiza, los bancos están obligados a congelar los activos reportados por cinco días hábiles[9]. El juez de instrucción actuante inició una investigación por sospechas de lavado de activos y ordenó al banco mantener el dinero congelado. El primer grupo de transacciones era de u$s 48 millones. El análisis inicial –que incluía información de más de veinte instituciones financieras– mostró que tres importantes "cuentas en suspenso"[10] habían sido utilizadas

los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General sólo pueden ser acusados por una Comisión Permanente del Congreso y juzgados por el Congreso por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

8 Esta agencia está ubicada institucionalmente en la Policía Federal Suiza y es la responsable de recibir y analizar reportes de operaciones sospechosas vinculados al lavado de dinero y, cuando corresponde, de remitirlos a los fiscales.

9 La ley suiza contra el lavado de dinero de 1997, en su Sección 10 establece: "1. Los intermediarios financieros deben congelar inmediatamente los activos que le fueron confiados si están vinculados al reporte. 2. Deben mantener los activos congelados hasta que reciban una decisión de la autoridad de persecución competente, pero por un máximo de cinco días hábiles desde la notificación de la oficina de reportes. 3. Mientras que los activos están congelados, los intermediarios financieros no deben notificar a las personas en cuestión ni a terceros sobre el reporte".

10 Las "cuentas en suspenso" son cuentas en las cuales los ingresos de créditos o débitos se realizan en forma temporaria, hasta tanto se determine su des-

para distribuir dinero, transferido a Suiza desde Estados Unidos, Rusia, Luxemburgo y Perú, entre varios individuos incluyendo a Montesinos. Se enviaron solicitudes de cooperación internacional a Luxemburgo y a Estados Unidos.

Al comienzo de la investigación, las autoridades suizas invitaron a las autoridades peruanas a solicitar asistencia mutua legal (MLA, por las siglas en inglés)[11]. Tal instancia de "cooperación espontánea" fue el canal que proporcionó a las autoridades peruanas los nombres de los titulares de las cuentas y las fechas de las transacciones. Esa información, combinada con las facultades de *colaboración eficaz* recientemente establecidas y las facultades para levantar el secreto bancario en las investigaciones preliminares, permitió a las autoridades peruanas determinar que los activos congelados se habían originado en comisiones obtenidas de la compra de equipamiento de defensa, incluyendo dieciocho MIG's de Rusia y Bielorusia. En total, las autoridades suizas congelaron u$s 113 millones[12].

La primera repatriación de activos desde Suiza a Perú fue de u$s 77.5 millones y ocurrió en agosto de 2002, menos de dos años después de iniciado el caso. Los activos fueron repatriados sobre la base de dos fundamentos distintos. En primer lugar, los titulares de alrededor de u$s 27.5 millones, incluyendo a un ex comandante en

---

tino. Son sólo un tipo de cuentas ómnibus o concentradas legítimamente utilizadas por los bancos, entre otras cosas, para mantener fondos cuyo destino final no ha sido decidido por el cliente. Sin embargo, tales cuentas pueden ser deliberadamente utilizadas para quebrar o confundir un rastreo de auditoría, separando el origen de los fondos de su destino. Esta práctica impide de manera efectiva la asociación del nombre del cliente y de los números de cuenta con la actividad específica de la cuenta, y enmascara fácilmente las transacciones que de otro modo serían identificadas.

11 Este caso fue uno de los primeros en utilizar la cooperación espontánea. Si bien el tratado bilateral entre Suiza y Perú no contiene una regla para la cooperación espontánea, la Ley Federal Suiza sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal, de aplicación subsidiaria, establece en su art. 76.a: "Una autoridad de persecución penal puede transmitir espontáneamente a una autoridad de persecución penal extranjera información o evidencia que ha recolectado en el transcurso de su propia investigación cuando determine que ello permitirá la apertura de un procedimiento penal o facilitará una investigación penal en curso".

12 Hubo dos fundamentos distintos para congelar el dinero en Suiza: los activos reportados por las instituciones financieras suizas fueron automáticamente congelados; los activos descubiertos por las autoridades peruanas fueron congelados mediante solicitudes de asistencia mutua legal.

jefe de las Fuerzas Armadas y a un intermediario en el negocio de las armas, acordaron renunciar a sus derechos sobre el dinero ilícito a favor del Estado peruano, a cambio de una sentencia reducida. Los otros u$s 50 millones fueron repatriados porque había pruebas sólidas de que constituía el producto de comisiones ilegales pagadas durante la compra de los aviones. En una decisión emitida en junio de 2002, la jueza suiza encontró suficiente evidencia de que Montesinos había recibido "comisiones" por la entrega de armas a Perú y que había hechos arreglos para que este dinero de sobornos fuera abonado en sus cuentas bancarias en Luxemburgo, Estados Unidos y Suiza, al menos en treinta y dos transacciones, cada una equivalente al dieciocho por ciento del precio de compra. Montesinos también había obtenido u$s 10.9 millones por "comisiones" por la compra de tres aviones MIG29 comprados por la fuerza aérea peruana a la empresa pública de armas rusa "Rosvoorouzhenie". A cambio, Montesinos utilizó su posición para asegurar que ciertos vendedores de armas tuvieran preferencias cuando se emitieran estas órdenes. La decisión no fue apelada.

Cabe destacar que no hubo órdenes de decomiso, ni tampoco sentencias condenatorias. Una vez que la jueza suiza reconoció que había pruebas convincentes de que el dinero provenía de la corrupción, archivó la investigación sobre lavado de activos con una resolución que dio lugar a la etapa de repatriación[13]. Por lo tanto, el esfuerzo de repatriación de Suiza no estuvo basado en acciones de decomiso penal ni civil, sino en cambio en renuncias de los tenedores de los activos y en pruebas convincentes que daban cuenta de que el dinero provenía de delitos de corrupción, aun cuando ello no estuviera sostenido en una sentencia condenatoria.

Más de u$s 33 millones quedaron congelados en Suiza. Los titulares de algunas de estas cuentas cuestionaron las medidas cautelares. El Superior Tribunal Federal suizo rechazó el cuestionamiento en dos oportunidades, permitiendo que continuara la asistencia concedida a Perú[14], quien debe ahora acreditar el origen de ese dinero.

[13] Esta solución, reconocida por la ley suiza sobre Asistencia Mutua Legal, es totalmente consistente con las actuales disposiciones del artículo 57.3 de la UNCAC, que establece que para repatriar el producto de la corrupción decomisado a través de la cooperación internacional, el país requerido puede renunciar al requisito de que exista una sentencia definitiva en el país requirente.

[14] Superior Tribunal Federal Suizo, caso 1A.70/2003, disponible, en alemán, en *www.bger.ch/it/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction*

III. 2. Activos repatriados desde Estados Unidos

En noviembre de 2000, cuando Montesinos todavía estaba prófugo de la justicia peruana, el Citibank de Nueva York emitió dos reportes de operaciones sospechosas (STR, por las siglas en inglés) referidas al señor Víctor Venero-Garrido (Venero), uno de los colaboradores de Montesinos. Venero le había solicitado al banco retirar casi u$s 10 millones y cerrar las cuentas. Los reportes fueron remitidos a agentes del FBI[15], quienes establecieron una operación encubierta para arrestar a Venero. El allanamiento del departamento de Venero en Miami permitió descubrir documentos que ayudaron al FBI a identificar otros activos financieros de Montesinos, y a otro de sus asociados, el señor Guevara, quien estaba extorsionando al CEO del Pacific Industrial Bank en Miami para liquidar u$s 46 millones que se encontraban en la filial del banco en las Islas Caimán. Otra operación encubierta llevó al arresto del señor Guevara quien, enfrentando acusaciones de extorsión, aceptó un *plea bargaining* que llevó a la captura de Montesinos en Venezuela y a su extradición a Perú. Más de u$s 20 millones a nombre de Venero fueron congelados en Estados Unidos.

-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm. El tribunal estableció que, para proveer asistencia, incluyendo la adopción de medidas cautelares, el Estado requirente debe proveer una descripción de los hechos bajo investigación que permita que las autoridades suizas controlen que la investigación sea consistente y que los hechos se subsumen en un delito penal establecido en el Código Penal suizo (doble incriminación). Exigir una descripción más detallada sería contrario al propósito y los objetivos del tratado. En el año 2005, el Superior Tribunal rechazó nuevos cuestionamientos contra otra solicitud de asistencia de Perú, que llevó a congelar cuentas valuadas en u$s 6.5 millones. En *obiter dictum*, el tribunal destacó que los activos deberían permanecer congelados hasta que las autoridades peruanas estuvieran en posición de emitir una decisión definitiva o hasta que el delito prescribiera de acuerdo a la legislación peruana. Este puede ser un precedente importante contra el levantamiento de medidas cautelares mientras que el país víctima todavía está investigando el delito. Superior Tribunal Federal Suizo, caso 1A.43/2005, disponible, en alemán, en *www.bger.ch/it/index/juridiction/jurisdictioninherittemplate/jurisdictionrecht/jurisdictionrechturteile2000.htm*. Agradezco a Cecilia Hopp por la traducción de los fallos citados en esta nota.

[15] Cabe destacar que, según la legislación de Estados Unidos, las instituciones financieras pueden reportar los STRs a la FINCEN o a la autoridades de persecución penal estatal o federal. Dado que FINCEN recibe alrededor de de 1 millón de reportes anuales (ver *www.fincen.gov/sars/btn_8/sar_btn_Issue8.pdf*); pareciera que, dada la importancia internacional del caso, las autoridades de Estados Unidos estaban específicamente atentas a los movimientos de Montesinos. La pregunta obvia para un país víctima es si se dedicarán los mismos esfuerzos en un caso de menor interés internacional.

Con la colaboración de las autoridades peruanas, los activos fueron identificados como el producto de comisiones ilegales percibidas por Venero en diversos esquemas de malversación organizados en el Fondo de Pensión Militar. Se comprobó que Venero y otros colaboradores utilizaron fondos de pensión y su propio dinero para adquirir la mayoría de las acciones de una institución bancaria peruana, Financiera del Sur (FinSur). Venero estaba a cargo de buscar inversiones en nombre de FinSur y de identificar proyectos inmobiliarios y de construcción que serían financiados por el banco y el Fondo de Pensión. También controlaba a las empresas constructoras que participaban de estos proyectos. Los costos de los proyectos eran sobrevaluados en un promedio del veinticinco por ciento. Los proyectos recomendados por Venero eran automáticamente aprobados por la comisión directiva del Fondo de Pensión, dado que varios de sus miembros recibían retornos regulares para ello. Además, Venero encubiertamente creó y controló diversos vehículos corporativos utilizados para distribuir créditos de FinSur a cambio de retornos de prestamistas. Cuando varios préstamos quebraron, Venero compró los proyectos fallidos a un precio extremadamente bajo para revenderlos y obtener ganancias[16].

La investigación en Estados Unidos también probó que un familiar de Venero que trabajaba en una institución financiera de California le había ayudado a ocultar más de u$s 20 millones en los Estados Unidos.

El Departamento de Justicia de Estados Unidos inició dos acciones de decomiso civil, una en Miami y otra en California, para decomisar los activos relacionados con las maniobras descritas. El decomiso civil en Estados Unidos es una acción *in rem* sujeta a un estándar civil de prueba. Más de u$s 20 millones fueron decomisados en estos procedimientos.

La repatriación de los activos a Perú se realizó mediante la firma de un acuerdo específico entre Estados Unidos y Perú[17] en enero de 2004. Perú acordó invertir el dinero en esfuerzos anticorrupción a cambio de que Estados Unidos transfiriera el total de los

[16] La Comisión del Congreso que investigó el caso estimó los activos de estas maniobras en alrededor de u$s 300 millones.

[17] El acuerdo fue firmado por el entonces secretario de Estado Colin Powell y el ministro de Relaciones Exteriores de Perú, Manuel Rodríguez, en presencia del presidente de Perú, Alejandro Toledo, en la Cumbre de las Américas de 2004. Ver *www.state.gov/r/pa/prs/ps/2004/28114.htm.*

activos decomisados en el caso. Según la legislación de Estados Unidos, el procurador general tiene autoridad discrecional para repatriar los activos decomisados sobre la base de una solicitud de asistencia relativa a delitos de corrupción cometidos contra otro país, siempre que el otro país haya cooperado en el procedimiento que permitió el decomiso[18]. El procurador general también tiene la autoridad para devolver activos a las víctimas, incluyendo a gobiernos extranjeros[19]. La misma discrecionalidad se aplica a los casos en los cuales Estados Unidos ejecuta una orden de decomiso extranjera a nombre de otro país como si hubiera sido emitida por un tribunal estadounidense[20].

III. 3. Activos repatriados de las Islas Caimán

El propio Montesinos llevó al descubrimiento de fondos en la filial del Pacific Industrial Bank de las Islas Caimán. Como se describió anteriormente, Montesinos intentó extorsionar al CEO del Pacific Industrial Bank de Miami para forzarlo a transferir u$s 46 millones a Venezuela, donde estaba prófugo. Montesinos amenazó al CEO diciéndole que iba a informar a las autoridades de Estados Unidos y de Perú que el Pacific Industrial Bank había estado operando clandestinamente en Lima por diez años bajo su protección. En efecto, el banco estaba recibiendo fondos peruanos sin la autorización del supervisor financiero de Perú. En general, estos fondos no eran declarados a las autoridades impositivas y eran transferidos a las Islas Caimán[21].

Las autoridades del banco colaboraron por completo con la investigación, dado que enfrentaban severos cargos tanto en Perú como en Estados Unidos. Una auditoría del banco reveló depósitos por u$s 44 millones en cuentas relacionadas a familiares de Víctor

18 Cf. 18 USC 981(i) y 18 USC 982(b)(1), mediante referencia l 21 USC 853(i) refiriendo al 21 USC 881(e)(1)(E).

19 Cf. 18 USC 981(e)(6).

20 Cf. 28 USC 2467.

21 Esta es una práctica corriente de las instituciones financieras extranjeras que incentivan la fuga de capitales de países en desarrollo. Bajo la fachada de una oficina de representación, o una casa de cambio, capturan y transfieren fondos a otras jurisdicciones. La mayor parte es dinero de origen legal que salió del país sin ser declarado y que, por lo tanto, no paga impuestos a las ganancias. Pero estas estructuras son ideales para lavar activos de origen delictivo.

Malca Villanueva (ex ministro de Defensa), Venero y Juan Valencia, otro de los colaboradores de Montesinos involucrado en la malversación del Fondo de Pensión Militar. A diferencia de los casos de Suiza o Estados Unidos, en los cuales la debida diligencia de las instituciones financieras llevó al descubrimiento de los activos, la localización de bienes en las Islas Caimán fue el resultado de las investigaciones de Estados Unidos y Perú.

Perú solicitó asistencia a las Islas Caimán para congelar las cuentas. Sin embargo, y a pesar de diversos pasos tomados para cumplir con las Recomendaciones del GAFI[22], las Islas Caimán no contaban con disposiciones para adoptar medidas cautelares. Una orden de embargo sólo podía ser obtenida cuando se demostrara que ya existían procedimientos en el Estado requirente que llevarían casi inmediatamente a una orden de decomiso. A pesar de tales deficiencias, y probablemente debido a la presión internacional generada por el GAFI en aquel momento, la solicitud de Perú para levantar el secreto bancario y congelar los activos fue creativamente transformada de oficio en una acusación penal de lavado de activos. En consecuencia, en lugar de esperar una sentencia en Perú, los bienes fueron embargados *in rem*, con la asistencia de la UIF recientemente creada.

Una vez que los activos fueron congelados, las autoridades peruanas ofrecieron a los titulares de las cuentas sentencias reduci-

[22] Al momento de la solicitud, las Islas Caimán se encontraban en la lista negra bajo la iniciativa del GAFI contra los Países y Territorios No Cooperadores. Como lo informó el GAFI, hasta fines del año 2000, las Islas Caimán no contaban con un sistema razonable contra el lavado de activos. No existía ninguna exigencia legal para la identificación de los clientes y el mantenimiento de registros y, aun si las instituciones financieras identificaban a sus clientes, las autoridades de supervisión no podían legalmente acceder a dicha información. Por otra parte, las Islas Caimán carecían de un régimen obligatorio para el reporte de operaciones sospechosas. Además, una gran cantidad de empresas se encontraba desregulada. Durante los años 2000 y 2001, se dictaron leyes estableciendo la regla "conozca a su cliente", la obligación de mantener registros y el reporte de operaciones sospechosas a una unidad de información financiera también creada por dichas normas. Las nuevas leyes también establecieron la facultad de la autoridad de supervisión financiera para monitorear el cumplimiento de las regulaciones y sancionar la omisión de reportar transacciones sospechosas. Según un informe del GAFI de 2001, las Islas Caimán no sólo habían incrementado significativamente los recursos humanos y financieros dedicados a la supervisión financiera sino que también habían iniciado un ambicioso programa para prohibir los *shell banks*. Cf. FATF, NCCT 1999-2000 en *www.fatf-gafi.org/data oecd/56/43/33921824.pdf.*

das a cambio de que renunciaran a sus derechos sobre el dinero. Una vez más, la repatriación se produjo sin que hubiera sentencias condenatorias.

A pesar de que no puede ser caracterizado como "dinero repatriado", vale la pena mencionar otra maniobra relacionada con las Islas Caimán. Luego de las revelaciones de los"vladivideos" que mostraban al CEO del Wiese Sudameris Bank asesorando a Montesinos sobre cómo ocultar su dinero *offshore*[23], las autoridades peruanas secuestraron los registros bancarios. El análisis de estos registros mostró varias transacciones con el Wiese Sudameris Internacional, un banco en las Islas Caimán. Aunque resultaba obvio que esa institución pertenecía a los mismos accionistas que la institución peruana, ellos negaron tener influencia sobre el banco de Caimán como para recuperar el dinero. Luego de varias reuniones entre el Procurador de Perú y el procurador general de Caimán[24], se decidió adoptar la misma vía jurídica que en el caso del Pacific Industrial Bank: se inició una investigación de lavado de activos contra el Wiese Sudameris Internacional y la Gran Corte de Caimán emitió una orden de embargo contra las cuentas identificadas como pertenecientes a los colaboradores de Montesinos. Sin embargo, luego de algunos meses de análisis financiero se descubrió que el dinero había sido enviado de vuelta a Perú inmediatamente después de ser transferido a las Islas Caimán. El esquema, una variante de los denominados *back-to-back loans*, era el siguiente: los fondos eran transferidos al banco en las Islas Caimán mientras que, en paralelo, el banco peruano tomaba el mismo monto del banco de Caimán para utilizarlo como garantía contra los "préstamos" tomados por sus clientes. De ese modo, los clientes peruanos podían disfrutar de sus activos en Perú, mientras que la documentación los protegía de toda investigación. Ese fue el caso, por ejemplo, de unos u$s 14 millones pertenecientes al general Malca Villanueva, ex Ministro de Defensa, al momento de la compra de los aviones de Biolorusia y de los primeros proyectos inmobiliarios con las "inversiones" del Fondo de Pensión Militar. La investigación para descubrir el esquema fraudulento tomó un año, luego del cual se emitieron en Lima órdenes de

23 Ver, por ejemplo, el video 1790, filmado el 11 de noviembre de 1999, disponible en *www.aprodeh.org.pe/democracia/democracia2/c_op_18abr2001ix.htm.*

24 Entrevista telefónica con José Ugaz, ex fiscal del caso (17 de agosto de 2007).

decomiso contra los fondos. Unos u$s 33 millones fueron recuperados de esta forma.

IV. Lecciones aprendidas

Como lo demuestran las secciones previas, la recuperación de activos en el caso de Montesinos combinó diversas vías y estrategias jurídicas. Al momento de la recuperación, algunas de ellas ya se encontraban establecidas localmente, mientras que otras fueron soluciones jurídicas creadas específicamente para el caso. Todas ellas son ahora obligaciones o prácticas recomendadas internacionalmente por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, 2003). Esta sección describe algunas lecciones para casos futuros.

IV. 1. Detectar los activos de la corrupción

El caso "Montesinos" muestra que los desarrollos en el área del lavado de activos son cruciales para incrementar la posibilidad de identificar y localizar los activos de la corrupción, tal como lo reconoce la UNCAC. El artículo 14 exige a los Estados parte establecer un amplio régimen de reglamentación y supervisión para prevenir el lavado de activos, incluyendo reglas de "conozca a su cliente" (KYC, por las siglas en inglés), mantenimiento de registros y obligaciones de reportar operaciones sospechosas. Además, el artículo 52 exige a los Estados parte que obliguen a sus instituciones financieras a adoptar medidas apropiadas para identificar a los beneficiarios finales de cuentas de valor elevado y a intensificar el escrutinio de las cuentas de personas expuestas políticamente (PEP) –personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes, sus familiares y estrechos colaboradores–. Si bien en Estados Unidos se adoptaron medidas respecto de las PEP en el año 2001[25], y en Suiza en 2003[26], las consecuencias de tales reglas para los casos de recuperación de activos aún no han sido internalizadas por los operadores de la mayoría de los países en desarrollo. Al respecto, pue-

[25] Cf. Patriot Act de Estados Unidos (HR 3162 RDS, 107º Congress, 1º Session), 24 de octubre de 2001, Título III, Sección 312.

[26] Cf. "Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent", disponible en *www.admin.ch/ch/f/rs/9/955.022.fr.pdf*. Traducción no oficial al inglés disponible en *www.kpmg.ch/library/pdf/20030401_MLO_SFBC.pdf*.

den extraerse diversas lecciones. Primero, los bancos de Estados Unidos y Suiza sólo reportaron a Montesinos luego de que el escándalo se hizo público. Ya sea que los bancos sólo hayan revisado sus archivos cuando la noticia apareció en la prensa, o que hayan sentido los graves riesgos legales y de reputación recién cuando el escándalo se hizo conocido, la lección práctica es que la gran exposición pública del caso llevó al descubrimiento de una proporción significativa de los fondos recuperados.

Segundo, uno puede especular qué hubiera ocurrido si los bancos suizos y estadounidenses hubieran reportado las cuentas mientras Montesinos estaba en el poder. Si bien probablemente se hubieran iniciado investigaciones por lavado de activos, es casi seguro que Perú no hubiera podido proveer información precisa sobre el origen de los fondos. Ello plantea la pregunta acerca de cómo manejar el descubrimiento de activos de funcionarios públicos de alta jerarquía que aún se encuentran en el poder. En tanto aumente la efectividad de los sistemas contra el lavado de activos y las instituciones financieras sean más concientes de los riesgos legales y de reputación que enfrentan por manejar el producto de la corrupción, aumenta la posibilidad de que un funcionario público en ejercicio sea reportado en el extranjero. Sin embargo, al solicitar cooperación, se ponen en riesgo los casos si los funcionarios involucrados tienen suficiente poder para impedir que se provea información precisa al país requerido. Esto plantea un desafío para quienes generan políticas a nivel global, con respecto a cómo evolucionar de unos pocos casos de billones de dólares contra "cleptócratas" –Montesinos, Abacha, Marcos– en el contexto de un cambio de régimen, hacia una mayor cantidad de casos, más regulares, que involucren a figuras menos prominentes, y probablemente menor cantidad de dinero, pero que puedan realizarse sin modificar el régimen político (por ejemplo, en el contexto de las nuevas democracias).

Tercero, tales mecanismos sólo funcionarán en el contexto de una regulación y supervisión financiera razonable. En este sentido, cabe destacar que las medidas contra el lavado de activos adoptadas por las Islas Caimán a raíz de haber sido incluidas en la lista negra del GAFI contemplaron un programa para retirarle la autorización a los *shell banks*[27], una medida actualmente obligatoria según el

[27] Una definición internacionalmente aceptada de *shell banks* es que "es un banco sin presencia física (es decir, sin una dirección central propiamente dicha) en el país en el que se ha constituido y que le ha otorgado su licencia, y que no

artículo 52.4 de la UNCAC. Como resultado de ello, las licencias para bancos y fideicomisos disminuyeron de 426 en 2001 a 291 en 2006. Los bancos utilizados por Montesinos fueron cerrados. Por lo tanto, parecería que las Islas Caimán se encuentran actualmente en una mejor posición para identificar activos de origen ilícito[28]. Sin embargo, cabe destacar que luego del caso "Montesinos", otras jurisdicciones intentaron obtener cooperación de las Islas Caimán[29], sin demasiado éxito. Como lo reconocieron las autoridades de las Islas Caimán: "el resultado en el caso Montesinos debe ser considerado excepcional y actualmente se están preparando proyectos de ley que establecerán claramente la jurisdicción del tribunal para ejecutar órdenes extranjeras *in rem* en todos los asuntos que involucren activos de delitos graves"[30].

Cuarto, cabe destacar que cuando comenzó el caso, Perú no contaba con reglas para prevenir el lavado de activos de la corrupción. Su mecanismo más efectivo fue la ley de "colaboración eficaz", un mecanismo también contemplado en la UNCAC. El artículo 37.1 establece que cada Estados parte "adoptará las medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto".

---

forma parte de ningún grupo financiero que esté sujeto a una supervisión consolidada efectiva, Cf. Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, "Bancos simulados y oficinas operativas", enero de 2003, disponible en *www.bis.org/publ/bcbs95s.pdf.*

28 Cf. Datos oficiales de la División de Supervisión Bancaria de la Autoridad Monetaria de las Islas Caimán, disponibles en *www.cimoney.com.ky/section/regulatoryframework/sub/default.aspx?section=BKid=62.*

29 Cf., por ejemplo, la decisión de la Gran Corte de Caimán en Falcone, un caso de soborno en la compra de armas del gobierno de Angola, en el cual la cooperación solicitada por parte de los gobiernos de Francia y Suiza fue rechazada sobre la base de la falta de autoridad para ejecutar órdenes de embargo salvo que se hubiera iniciado un proceso en el país requirente. Citado por Anthony Smellie, "Forfeiting the proceeds of corruption", artículo presentado en el seminario sobre "Asset Forfeiture and Money Laundering", para miembros de la Organización de Estados Americanos, 2 al 5 de mayo de 2006. Disponible en *www.gov.ky/portal/page?_pageid=1142,1687439&_dad=portal&_schema=PORTAL*. El autor es el presidente de la Corte de Justicia de Gran Caimán y la autoridad central de asistencia mutua legal.

30 Ibídem.

IV. 2. Cooperación internacional con fines de decomiso

Perú solicitó formalmente asistencia mutua legal a Suiza y a las Islas Caimán. Antes de solicitar cooperación formal, el procurador de Perú viajó a ambas jurisdicciones y mantuvo diversas reuniones para intercambiar puntos de vista sobre el mejor medio de asegurar la cooperación efectiva: por ejemplo, si era o no conveniente designar a un abogado local (considerado innecesario en Suiza y útil en las Islas Caimán), qué tipo de pruebas se requerirían y cómo deberían ser presentadas. En ambos casos, si bien el procurador de Perú entregó evidencias de las instituciones financieras y una lista de probables titulares de cuentas y beneficiarios finales, las autoridades de los países requeridos exigieron pruebas concretas que involucraran a los titulares o a los potenciales beneficiarios de las cuentas que estaban intentando congelar. En otras palabras, lo que para el procurador de Perú era un caso sólido, para las autoridades del país requerido era una "operación de pesca"[31]. De esta experiencia, pueden extraerse diversas lecciones.

Primero, una pequeña inversión en viajes para mantener algunas reuniones informales redujo las diferencias para tratar el caso y llevó a solicitudes y resultados satisfactorios de asistencia mutua legal.

Segundo, mientras que los países víctima no tienen mucha experiencia en realizar solicitudes de asistencia mutua legal, los centros financieros operan con un concepto de "operaciones de pesca" que restringe las posibilidades de cooperación. En muchas ocasiones, la evidencia de un caso de corrupción ni siquiera está disponible en el país víctima, como las comisiones que los intermediarios le pagaron a Montesinos, transfiriendo fondos entre países, ninguno de los cuales era Perú. Además, en ocasiones, las transacciones financieras sólo pueden ser reveladas si se concede la cooperación, criterio que adoptó el Superior Tribunal Federal suizo al rechazar los ya mencionados cuestionamientos a las órdenes de embargo[32]. Desde la entrada en vigencia de la UNCAC, este concepto limitado de "operaciones de pesca" será difícil de armonizar con los términos del artículo 55.

31 Entrevista telefónica con José Ugaz, 17 de agosto de 2007, e intercambios de correo electrónico con Sonia Nieto, actual Procuradora de Perú a cargo de la sección de recuperación de activos, 15 de agosto de 2007.

32 Superior Tribunal Federal Suizo, caso 1A.43/2005, disponible, sólo en alemán, en *www.bger.ch/it/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdictionrecht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm.*

Cabe destacar en el caso la cooperación espontánea concedida por Suiza a Perú de acuerdo con su legislación interna, sin perjuicio de que el tratado bilateral nada decía al respecto. La cooperación espontánea es una importante recomendación de la UNCAC (art. 56). Ella puede mejorar el resultado de casos futuros si los centros financieros incluyen en su legislación interna disposiciones de cooperación activa y procedimientos específicos que permitan a las autoridades de supervisión y a las autoridades judiciales remitir a las autoridades de los países víctimas información considerada de interés a los fines del Capítulo V de la Convención.

IV. 3. Repatriación de los activos

El principio de repatriación de los activos de la corrupción al país de origen se aparta significativamente de dos prácticas ya establecidas en el derecho penal internacional: a) la práctica según la cual los activos decomisados le pertenecen al país cuyos tribunales han emitido la orden de decomiso y b) la práctica de compartir los activos, creada como un incentivo para la cooperación.

Si bien en el caso peruano los países requeridos repatriaron todos los activos que cumplían con las condiciones legales, surgen algunas cuestiones para casos futuros.

En el caso de Estados Unidos, el acuerdo que se firmó condicionó la utilización de los fondos para esfuerzos anticorrupción. Dado que la autoridad del procurador general estadounidense es discrecional, surge una cuestión con respecto de casos en los cuales existan dudas sobre la integridad del gobierno que procura la repatriación, desacuerdos con el país víctima sobre cómo usar los fondos, o en los cuales transferir los activos sería inconsistente con otros aspectos de la política exterior de los Estados Unidos. De modo similar, el artículo 2 de la ley suiza sobre Asistencia Mutua Legal permite denegar todo tipo de asistencia mutua legal si existen razones para creer que los procedimientos extranjeros no cumplen con los requisitos procesales establecidos en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH) o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), o que tienen algún otro déficit grave[33].

[33] Para un análisis de la jurisprudencia que aplica estos principios puede verse la reciente decisión del Superior Tribunal Federal Suizo en el caso caso de Mikhail Khodorkovski (Yukos). Superior Tribunal Federal Suizo, 1.A.29/2007. Disponible, en francés y alemán, en *www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm.*

Tanto los principios de Estados Unidos como los de Suiza, que parecen estar profundamente enraizados en sus respectivas tradiciones jurídicas, deberían ser armonizados con el artículo 57.3 de la UNCAC, que establece una obligación incondicional de repatriar la totalidad de los activos cuando se originaron en la malversación de fondos públicos o en el lavado de fondos públicos malversados y que, en el caso del producto de cualquier otro delito comprendido en la Convención, condiciona la repatriación de los activos a que se haya acreditado la propiedad anterior de los bienes o al reconocimiento de daños.

Sin embargo, dado que el artículo 57.5 permite que se realicen acuerdos en cada caso particular para la disposición definitiva de los activos de la corrupción decomisados, sigue abierta la cuestión con respecto a las reglas que utilizarán los países requeridos cuando se enfrenten con situaciones como las descritas.

IV. 4. Instrumentos jurídicos específicos y combinación de vías penales y civiles en el país víctima

Una lección importante es que resulta crucial que el país víctima adopte medidas específicamente orientadas a la recuperación de activos. Perú pudo proveer información sobre el origen de los activos rastreados en el extranjero gracias a las facultades de investigación y a los acuerdos de *plea bargaining*, incluyendo la renuncia de derechos que se adoptó con miras a recuperar los fondos ilícitamente obtenidos.

Un segundo aspecto para destacar es que el cargo del procurador *ad hoc* de Perú combina atribuciones penales y civiles, permitiendo elegir el mejor modo de buscar la recuperación en cada caso concreto. Esta es una diferencia significativa con respecto a los escenarios jurídicos tradicionales en los que se entrena a las autoridades encargadas de la persecución penal, que en general sólo se focalizan en obtener condenas y enviar a los acusados a la cárcel. En tal sentido, se necesita con urgencia un cambio tendiente a privar a los acusados de los frutos de sus delitos. Este objetivo puede lograrse no sólo mediante la ley penal, sino también mediante procedimientos civiles y administrativos, como lo establecen las medidas delineadas en el artículo 53 de la UNCAC, bajo el título "medidas para la recuperación directa". Ya sea en su calidad de actor en una acción civil (párr. a), o en una indemnización por los daños y perjuicios causados por el delito (párr. b), o en su calidad de tercero que reclama derechos de propiedad en un procedimiento de decomiso (párr. c), el artículo 53 asegura a los países víctima una serie de vías jurídicas

tanto en la esfera civil como en la penal. Por lo tanto, los países víctima deberían adoptar procedimientos institucionales para elegir la vía apropiada –lo cual es muchas veces impedido por las leyes locales–. Por otra parte, los países requeridos deberían garantizarles a los países víctima la legitimación para presentarse ante sus tribunales. En algunos casos, como el reclamo por daños y perjuicios contra los condenados, el concepto tradicional de legitimación –por ejemplo, el requisito de demostrar los perjuicios sufridos con respecto a intereses protegidos, concretos y particulares y una estrecha relación de causalidad entre el daño y la conducta– puede no satisfacer el propósito del artículo 53.

V. Conclusiones

El caso de Montesinos es en general presentado como una experiencia exitosa en materia de recuperación de activos. A simple vista, y especialmente si se lo compara con otros casos conocidos, es innegable que recuperar u$s 175 millones de tres jurisdicciones distintas en menos de tres años es un éxito absoluto. Diversos factores contribuyeron a ese resultado.

Primero, la particularidad de que Montesinos grabó sus reuniones hizo que el caso fuera atractivo para la prensa internacional, lo cual a su vez alertó a las instituciones financieras que llevaron al descubrimiento de los activos. Los banqueros de Suiza, Estados Unidos y Panamá[34] reportaron transacciones relacionadas con Montesinos mientras estaba prófugo. En el mismo sentido, los videos permitieron a las autoridades peruanas identificar a potenciales colaboradores para conseguir información sobre el origen y el destino del producto de la corrupción. Además, varias fuentes periodísticas sugirieron un especial interés geopolítico de Estados Unidos para ayudar a Perú a deshacerse de Fujimori y Montesinos. Cualquiera que sean las razones, los esfuerzos del FBI para capturar a Montesinos fuera de los Estados Unidos son elocuentes al respecto. Estos dos factores, que en mi opinión fueron determinantes del éxito del caso, son demasiado azarosos y no pueden darse por sentados para casos futuros.

[34] La UIF de Panamá inició un caso por sospechas de lavado de activos luego de recibir diversos reportes de sus instituciones financieras. La mayor parte de las cuentas en Panamá había sido cerrada al momento en que se realizaron los reportes. Entrevista del autor con Maribel Cornejo Batista, fiscal anticorrupción de la Ciudad de Panamá, 5 de agosto de 2007.

Sin embargo, otros factores que contribuyeron al éxito del caso subsistirán. Primero, las reformas jurídicas e institucionales realizadas por Perú seguirán vigentes y ya han sido útiles para prevenir la corrupción posterior a Fujimori. Segundo, desde el año 2000, presionados por diversas iniciativas internacionales, muchos centros *offshore* mejoraron sus marcos legales para la cooperación internacional tendiente a detectar y decomisar el producto de delitos graves, incluyendo la corrupción. Tres de los centros *offshore* involucrados en ocultar el producto de la corrupción de Montesinos –Bahamas, Panamá y las Islas Caimán– en ese momento estaban trabajando para revertir su situación. Unas veinticinco jurisdicciones han dado los primeros pasos para reducir el anonimato en el sector financiero, en ocasiones incluyendo disposiciones para identificar al beneficiario final, incrementar el escrutinio de las PEP y de los vehículos corporativos utilizados como empresas fantasma, y prohibir los *shell banks*.

Por otra parte, recientemente se han creado diversas iniciativas internacionales para incrementar el conocimiento y la capacitación, e incluso para colaborar en el tratamiento de casos en el área de la recuperación de activos, utilizando la UNCAC como carta de navegación. La UNCAC no sólo facilita las vías tradicionales para la recuperación de activos removiendo obstáculos (por ejemplo, relajando la doble incriminación cuando se provee asistencia en medidas no coercitivas –art. 46.9–) y homogeneizando conceptos (por ejemplo, los requisitos para solicitar asistencia) que circunscriben el laxo concepto de "operaciones de pesca". El tratado también contiene diversas vías novedosas y aún sin explorar para la recuperación de activos –por ejemplo, la recuperación directa del artículo 53.a, que será una prueba para casos futuros–.

En esa dirección, el caso de Montesinos también puede ser considerado como un punto de partida, si se lo analiza por el monto recuperado *vis a vis* la escala de corrupción del régimen de Fujimori. Desde que fue creada, la Procuraduría Anticorrupción a cargo del caso "Montesinos" ha logrado ciento siete condenas contra ochenta y tres personas, diecisiete de las cuales fueron extraditadas de seis países distintos. Sin embargo, continúan pendientes más de doscientas investigaciones, incluyendo cuarenta extradiciones de catorce países. La mayor parte de los activos recuperados por Perú se relaciona ya sea con sobornos obtenidos en dos contratos de armamento con Bielorusia y Rusia, o con dinero malversado del Fondo de Pensiones militar. Sin embargo, Montesinos también utilizó muchos otros esquemas de corrupción y malversación de caudales públicos.

Se cree que la mayor parte de los activos se encuentran fuera de Perú.

Por otra parte, el caso ha sido recientemente revitalizado por la decisión de la Corte Suprema de Chile de extraditar a Fujimori a Perú[35]. Fujimori fue extraditado por cargos de graves violaciones a los derechos humanos (incluyendo ejecuciones y desapariciones extra-judiciales, secuestro, tortura y la intervención ilegal de comunicaciones de la oposición política) y por corrupción (incluyendo haber autorizado a Montesinos a sobornar a líderes opositores a cambio de apoyo político, y la malversación de fondos públicos). Lamentablemente, los cargos que tenían más posibilidades de profundizar las investigaciones para la recuperación de activos con respecto a las finanzas de la familia de Fujimori fueron rechazados. Fundada en que no había evidencia de la participación directa de Fujimori, la Corte Suprema de Chile rechazó los cargos relativos a la mala utilización de ingresos de privatizaciones y de subvenciones y donaciones manejadas por fundaciones controladas por miembros de la familia Fujimori.

En conclusión, siempre que no interfiera con el debido proceso, Perú tiene una enorme oportunidad de utilizar las nuevas vías establecidas en la UNCAC para recuperar el producto de la gran corrupción política que sufrió durante la década del 90.

35 La sentencia está disponible en *www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=noticias.php?cod=1111.*

Capítulo 10

El caso Abacha*

Enrico Monfrini

I. Introducción

Este capítulo se propone describir cómo se encontraron soluciones creativas para identificar, embargar y repatriar el producto de los delitos cometidos por los familiares y colaboradores del general Sani Abacha. Está basado en mi experiencia, desde septiembre de 1999, como abogado de la República Federal de Nigeria en los procesos que se realizaron en diez jurisdicciones (excepto los procedimientos civiles realizados en el Reino Unido) contra miembros de la familia del general Sani Abacha y sus colaboradores.

Como es sabido, el déficit principal de la asistencia mutua en materia penal como herramienta para localizar y recuperar activos es su lentitud. Incluso en las jurisdicciones más cooperadoras, en general toma al menos un año hasta que se transmite a la autoridad requirente la prueba documental relativa a la transferencia del producto del delito. En la mayoría de los casos, para entonces ya es demasiado tarde para localizar e inmovilizar bienes que se encuentran en otras jurisdicciones.

Con respecto a los procedimientos civiles, en general se encuentran limitados por sus altos costos, por los obstáculos del secreto bancario en diversas jurisdicciones y por el hecho de que, en muchas ocasiones, la información obtenida en un país no puede ser utilizada en otro.

En el caso de Abacha, el Gobierno Federal de Nigeria combinó solicitudes de asistencia mutua con la presentación de denuncias penales por lavado de activos en las jurisdicciones en las que se habían identificado bienes de la organización criminal de Abacha o en las que se sospechaba que se encontraban.

Esta estrategia permitió embargar aproximadamente u$s 2.000 millones en diez jurisdicciones, de los cuales hasta la fecha Nigeria

* Versión original en inglés (*The Abacha Case*) publicada en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang AG, Berna, 2008, ps. 41-61. Traducción de Natalia Volosin.

ha recuperado u$s 1.200 millones mediante asistencia mutua, decomiso o acuerdos.

II. El régimen de Abacha

Con una población de aproximadamente 140 millones de habitantes, Nigeria es el país más poblado de África. Desde 1966, la historia de Nigeria ha estado marcada por una serie de dictaduras militares.

El 17 de noviembre de 1993, el general Sani Abacha, ministro de Defensa y jefe del Ejército desde 1985, accedió al poder mediante un golpe de Estado. Las sistemáticas violaciones de los derechos humanos, la complacencia hacia el narcotráfico y la corrupción sistemática en todos los niveles aislaron a Nigeria de la comunidad internacional. Nigeria fue notoriamente excluido del *Commonwealth* el 8 de noviembre de 1995, luego de que ocho miembros de la oposición, entre ellos el activista Ken Saro-Wiva, fueran ejecutados.

Nigeria había estado plagada de corrupción por mucho tiempo, pero bajo el régimen del general Sani Abacha las prácticas de corrupción se tornaron evidentes y sistemáticas. Se retiraron fondos en efectivo del Banco Central, en ocasiones mediante camiones de caudales, que fueron transportados al extranjero por miembros de la familia Abacha y otros colaboradores. También se concedieron contratos públicos sobrevaluados a miembros de la familia Abacha y/o a otros colaboradores. Si bien muchos en ese momento ya conocían el excepcional nivel de corrupción del régimen de Abacha[1], el alcance completo de la práctica y el *modus operandi* de los delitos sólo fueron revelados al público luego de que finalizara la dictadura y se realizaran las investigaciones.

III. El retorno de la democracia

El general Sani Abacha murió de un infarto el 8 de junio de 1998. Fue reemplazado por el general Abdulsalami Abubakar, ministro de Defensa, quien asumió como jefe de Estado y formó un gobierno transitorio. Los prisioneros políticos fueron liberados y se anunció una fecha de elecciones. Una nueva Constitución fue adoptada y entró en vigencia el 29 de mayo de 1999.

[1] Ver, por ejemplo, Rupert, James, "Corruption Flourished in Abacha's Regime", en *Washington Post*, 9 de junio de 1998 (*www.washingtonpost.com/wpsrv/inatl/longterm/nigeria/stories/corrupt06 0998.htm*).

Las elecciones presidenciales del 27 de febrero de 1999 le dieron la victoria a Olusegun Obasanjo, candidato por el Partido Democrático del Pueblo, un partido multiétnico que principalmente unía a antiguos opositores al régimen del general Sani Abacha. En 1979, Olusegun Obasanjo había sido el primer militar jefe de Estado en devolverle el poder a los civiles. Entre 1993 y 1995, Olusegun Obasanjo, quien se había retirado del ejército y era el jefe del Comité Asesor de Transparencia Internacional, había sido uno de los más feroces opositores a la dictadura del general Abacha, y entre 1995 y 1998 había permanecido en prisión.

Olusegun Obasanjo asumió el 29 de mayo de 1999. Fue reelegido por un segundo mandato de cuatro años que comenzó en mayo de 2003 y terminó el 26 de mayo de 2007, cuando fue sucedido por Umaru Musa Yar'Adua.

IV. La investigación en Nigeria y el producto del delito

Luego de la muerte del general Sani Abacha, diversos artículos de los diarios informaron sobre las acusaciones de vaciamiento de las reservas extranjeras del Banco Central de Nigeria y sobre la corrupción sistemática que predominó durante su régimen. La opinión pública comenzó a exigir que estas acusaciones fueran investigadas.

El 23 de julio de 1998, el gobierno de Abubakar estableció un Panel Especial de Investigación (SIP) encargado de investigar el saqueo y la corrupción ocurridos durante el gobierno de Abacha. El Director del SIP fue –y sigue siendo– el comisionado Peter Gana, de la Unidad Especial de Fraude de la Fuerza de Policía de Nigeria.

La SIP publicó un informe preliminar en noviembre de 1998, que se concentraba en los delitos respecto de los cuales las pruebas podían encontrarse en Nigeria, como el saqueo sistemático del Banco Central de Nigeria. El informe describió el siguiente *modus operandi*: el general Sani Abacha le ordenó a Ismaïla Gwarzo, su Asesor de Seguridad Nacional, que le presentara falsos pedidos de fondos para operaciones o equipamiento de seguridad que él podía autorizar. La mayor parte de los fondos fue directamente remitida en efectivo (u$s 1.131 millones y 413 millones de libras esterlinas) o en cheques de viajero (u$s 50 millones y 3,5 millones de libras esterlinas) por el Banco Central de Nigeria a Ismaïla Gwarzo, quien entonces ordenaba que los fondos fueran trasladados a la casa del general Sani Abacha. Allí los tomaba su hijo mayor, Mohammed Abacha, quien los blanqueaba a través de bancos nigerianos o de ejecutivos nigerianos o extranjeros hacia cuentas *offshore* pertenecientes a Mohammed Abacha, Abba Abacha, Abdulkadir Abacha y Abu-

bakar Bagudu. En un número limitado de casos (treinta y seis transferencias por u$s 386 millones), el dinero fue transferido directamente del Banco Central de Nigeria a cuentas bancarias extranjeras, a nombre de empresas *offshore* pertenecientes a miembros de la organización criminal de Abacha o a ejecutivos extranjeros que entonces remitían las mismas sumas a miembros de la organización. De este modo, el SIP descubrió que al menos u$s 1.491 millones y 416 millones de libras esterlinas habían sido malversados por la organización criminal de Abacha.

Durante las primeras etapas de la investigación de la SIP, una gran cantidad de bienes y de efectivo fue incautada en Nigeria o devuelta a las autoridades nigerianas. También fueron identificados otros bienes obtenidos ilícitamente.

A fin de darle un fundamento jurídico al decomiso de estos activos, entre los últimos actos de su mandato, el general Abdulsalami Abubakar emitió el Decreto de Decomiso de Activos, etcétera (determinadas personas) nº 53 del 26 de mayo de 1999.

Este decreto ordenó la devolución a la República Federal de Nigeria de los bienes muebles e inmuebles, así como del efectivo, que habían sido obtenidos ilícitamente por el general Sani Abacha, por determinados miembros de su gobierno (particularmente Ismaïla Gwarzo, Asesor de Seguridad Nacional, Anthony A. Ani, ministro de Economía y Bashir Dalhatu, ministro de Poder y Acero) y de su familia (particularmente Mohammed Sani Abacha, el hijo mayor del general Sani Abacha y su hermano, Abdulkadir Abacha) y por terceros (Abubakar Bagudu y Abdulazeez Arisekola Alao).

Como resultado de esta medida, más de u$s 800 millones fueron devueltos a Nigeria, de los cuales u$s 635 millones y 75 millones de libras esterlinas fueron devueltos por Mohammed Abacha, Abba Abacha y Abubakar Bagudu.

Esta restitución no tiene ninguna relación con la responsabilidad penal de los autores de los delitos. El Decreto nº 53 del 26 de mayo de 1999 no finalizó la investigación policial, la cual ha continuado y ha generado nuevas pruebas, permitiéndole a los investigadores nigerianos identificar otros delitos y sus beneficiarios, además de lograr la recuperación de fondos adicionales. Sin embargo, a pesar de que se sabía que el general Sani Abacha había recibido sobornos de un 40% del precio de contratos que había aprobado por más de u$s 50.000, no podía encontrarse ninguna evidencia de corrupción en Nigeria. Ello se debió al hecho de que todos los pagos de corrupción se realizaban desde cuentas bancarias *offshore* de los contratistas a cuentas bancarias *offshore* de los miembros de la organización criminal de Abacha.

El 23 de diciembre de 1998, se envió una carta rogatoria a Suiza y a Bélgica fundada en la evidencia obtenida por la SIP. No hubo ninguna respuesta.

El 18 de septiembre de 2000, sobre la base de la evidencia obtenida en Nigeria, el procurador general de Nigeria realizó 115 acusaciones de recibir propiedad robada (arts. 117 y 319, CP) ante el Tribunal Superior del Territorio Federal Capital, Abuja, contra Mohammed Sani Abacha y Abubakar Bagudu. El 22 de febrero de 2001, el procurador general de Nigeria realizó sesenta y ocho acusaciones adicionales ante el Tribunal Superior del Territorio Federal Capital, Abuja, contra Mohammed Abacha y Abba Abacha, los dos hijos mayores del ex general Sani Abacha.

Los procesos penales en Nigeria se encuentran actualmente demorados por objeciones y apelaciones realizadas por Mohammed Abacha. En una sentencia del 18 de abril de 2005, el Tribunal de Apelaciones de Abuja dispuso que Mohammed Abacha no podía reclamar ninguna inmunidad de persecución sobre la base del Decreto n° 53 del 26 de mayo de 1999, ni sobre la base de la "inmunidad soberana" de la que supuestamente gozaba su padre. Aún se encuentra pendiente una apelación ante la Corte Suprema de Nigeria.

V. Procedimientos civiles en el Reino Unido

Cuando asumió el poder en mayo de 1999, el gobierno de Obasanjo dudaba de si podría obtener asistencia de las autoridades occidentales para localizar y recuperar los activos que habían sido malversados u obtenidos mediante hechos de corrupción por parte de la organización criminal de Abacha.

En julio de 1999, la República Federal de Nigeria inició una acción ante el Tribunal Superior de Londres contra Mohammed Abacha, Abubakar Bagudu y sus colaboradores en relación al fraude que habían realizado con la compra de deuda de la Planta de Acero Ajaokuta. Esta acción se relacionaba con la compra que en 1996 había realizado el gobierno de Abacha de facturas de cambio relativas a la construcción de la Planta de Acero Ajaokuta que se le debían a una empresa rusa por 986 marcos alemanes, que había resultado en una ganancia fraudulenta de más de 490 marcos alemanes para la organización criminal de Abacha. En marzo de 1999, la Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation SA, una empresa genovesa, había iniciado su propia acción contra los mismos acusados, afirmando que se le habían asignado las facturas de cambio de Nigeria en 1992. Se emitieron órdenes Mareva en todo el mundo, y se le ordenó a Mohammed Abacha y a Abubakar Bagudu que proveyeran

información sobre sus bienes en todo el mundo, los cuales se afirmaba que ascendían a u$s 420 millones.

En julio y agosto de 1999 se realizaron acuerdos, y el gobierno Federal de Nigeria, sin saber que podía identificar, embargar y recuperar otros bienes además de los que habían sido informados por Mohammed Abacha y Abubakar Bagudu en el contexto del proceso ante el Tribunal Superior de Londres, acordó su demanda en 300 millones de marcos alemanes. En septiembre de 1999 comenzó un pequeño juicio, cuyo propósito era determinar cuál de tres documentos del acuerdo era obligatorio. La posición del gobierno de Nigeria fue que sólo había acordado sus demandas derivadas del caso de la compra de deuda de Ajaokuta, mientras que Mohammed Abacha y Abubakar Bagudu afirmaron que todas las demandas contra ellos y sus colaboradores habían sido acordadas. El 27 de febrero de 2001, luego de un juicio de seis meses, el juez Rix dictó sentencia a favor de la República Federal de Nigeria, la cual fue implementada en diciembre de 2001 con el pago de 300 millones de marcos alemanes más costas. Este resultado se debió a que la República Federal de Nigeria pudo demostrar, gracias al resultado de los procesos penales y los procedimientos de asistencia mutua iniciados en otras jurisdicciones, que Mohammed Sani Abacha y sus colaboradores habían violado su deber de información, principalmente al no informar u$s 600 millones en Suiza, u$s 630 millones en Luxemburgo y u$s 200 millones en Liechtenstein.

En julio de 2001, nuevos procedimientos civiles fueron iniciados ante el Tribunal Superior de Londres por el saqueo del Banco Central de Nigeria, pero éstos no han permitido recuperar otros activos.

VI. La presentación de una carta rogatoria y de una denuncia penal en Suiza

Como se indicó anteriormente, el gobierno de Obasanjo no creía que pudiera obtener asistencia de las autoridades occidentales para identificar y recuperar los activos que habían sido malversados u obtenidos mediante hechos de corrupción por parte de la organización criminal de Abacha.

Sin embargo, en septiembre de 1999 el gobierno de Obasanjo decidió conservar un estudio jurídico en Suiza, país que, luego del Reino Unido, era la jurisdicción en la que se había identificado la mayoría de las transferencias de fondos malversados del Banco Central (u$s 75 millones).

En septiembre de 1999, una carta rogatoria del procurador

general de Nigeria solicitando que se emitieran órdenes de embargo fue remitida al Departamento de Policía Federal Suiza.

Dichas órdenes, dirigidas a cinco bancos, fueron concedidas el 13 de octubre de 1999 y, al día siguiente, el Departamento de Policía Federal Suiza emitió un comunicado de prensa anunciando[2] que Nigeria tenía tres meses para presentar una solicitud formal de asistencia mutua. Dicha solicitud fue enviada a Suiza por vía diplomática el 20 de diciembre de 1999, y fue declarada admisible por el Departamento de Policía Federal el 20 de enero de 2000, confirmando las órdenes de embargo por u$s 80 millones.

Si bien resultaba urgente identificar otros activos en Suiza y localizar los fondos que podrían haber sido transferidos a otras jurisdicciones, debido a la existencia de apelaciones y a la obligación de secreto por parte de las autoridades de Suiza que se encargaron del pedido de asistencia mutua, no fue posible establecer una adecuada interacción entre los investigadores de Nigeria y de Suiza. En consecuencia, el 24 de noviembre de 1999, la República Federal de Nigeria inició una denuncia penal ante el procurador general de Ginebra con respecto a los delitos que se encontraban bajo la jurisdicción de los tribunales suizos porque se habían cometido o habían tenido efectos en Suiza según los artículos 3 y 7 del Código Penal Suizo (SPC): abuso de confianza[3], fraude[4], extorsión[5], administración fraudulenta[6], encubrimiento[7], participación en una organización criminal[8], lavado de activos[9] y falta de debida diligencia en asuntos financieros[10].

Si bien no existía ningún precedente que calificara a un jefe de Estado, a su familia y a miembros de su gobierno como una organización criminal, esta calificación fue esencial para el éxito de los procedimientos penales y de asistencia mutua en Suiza, por dos razones.

[2] Comunicado de prensa FDJP *www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/dokumentation/mi/1999/ref_1999-10-14.html.*

[3] Art. 138, SPC.

[4] Art. 146, SPC.

[5] Art. 156, SPC.

[6] Art. 158, SPC.

[7] Art. 160, SPC.

[8] Art. 260 *ter*, SPC.

[9] Art. 305 *bis*, SPC.

[10] Art. 305 *ter*, SPC.

En primer lugar, según el artículo 260 ter, párrafo 3 del Código Penal suizo[11], las autoridades suizas tenían jurisdicción para investigar y perseguir a todos los miembros de la organización criminal de Abacha, aunque no hubieran pisado el país, sólo sobre la base de que la actividad ilícita de la organización se había realizado parcialmente en Suiza.

En segundo término, y más importante, según el artículo 59, inciso 3 del Código Penal suizo[12], la calificación de una organización criminal tiene como consecuencia, para las personas que han participado de ella o que la han apoyado, la inversión de la carga de la prueba, dado que tendrán la carga de probar la falta de conexión entre los bienes sujetos a decomiso y la organización criminal, tal como lo confirmara la Corte Suprema suiza el 7 de febrero de 2005[13].

Más aún, como víctima de los delitos denunciados, la República Federal de Nigeria solicitó que se le asignara el carácter de actor civil en el proceso penal a fin de poder participar activamente en la investigación.

La denuncia penal fue inmediatamente admitida por el entonces procurador general de Ginebra, Bernard Bertossa, y la investigación fue confiada al juez de Instrucción George Zecchin, quien le asignó el carácter de actor civil a la República Federal de Nigeria el 3 de diciembre de 1999.

La República Federal de Nigeria también solicitó que se le enviara a todos los bancos suizos una orden de proveer información

11 Art. 260 *ter*, SPC: "*1. Whoever participates in an organisation that keeps its structure and personal composition secret and pursues the purpose of committing violent crimes or enriching itself by criminal means, whoever supports such organization in its criminal activity, shall be sentenced to the penitentiary for up to five years or imprisonment. 2. The judge may, at his discretion, alleviate the punishment if the offender endeavours to prevent further criminal activity of the organisation. 3. The offender shall be also punishable if he committed the crime abroad, provided the organisation carries out, or intends to carry out, its criminal activity fully or partially in Switzerland Article 3, cipher 1, paragraph 2 shall apply*".

12 Art. 59, inc. 3: "*The judge shall order the confiscation of all assets over which a criminal organisation has powers of disposal. Assets belonging to a person who has participated in or supported a criminal organisation (260ter) shall be presumed to be at the disposal of the organisation until the contrary is proven*" (el 1 de enero de 2007, esta disposición se convirtió en el artículo 72 del Código Penal suizo, con menores modificaciones en su redacción).

13 Ver más adelante.

y una orden de embargo dirigida a todas las cuentas, existentes o cerradas, cuyos titulares –o beneficiarios– fueran los principales miembros de la organización criminal de Abacha. El 14 de diciembre de 1999, el juez de Instrucción envió la orden de proveer información a las casas matrices de los 385 bancos registrados en Suiza. Además –en gran parte debido al comunicado de prensa del Departamento de Policía Federal luego de que Nigeria solicitara las órdenes de embargo durante el curso de la carta rogatoria– los bancos suizos, de acuerdo con sus obligaciones bajo la Ley Federal de Lavado de Dinero, habían comenzado a reportar cuentas bancarias sospechosas, incluso en casos en los que se habían utilizado identidades falsas para abrir las cuentas, y estos reportes fueron remitidos al juez de Instrucción de Ginebra.

Como consecuencia de ello, para fines de diciembre de 1999, el juez de Instrucción de Suiza había congelado un total de u$s 645 millones, incluyendo los u$s 80 millones congelados por el Departamento de Policía Federal el 13 de octubre de 1999. Un total de 130 cuentas bancarias suizas fueron identificadas por haber sido utilizadas por la organización criminal de Abacha. Debe tenerse en cuenta que todas las cuentas que habían sido identificadas por la policía de Nigeria y que estaban específicamente mencionadas en el pedido de asistencia mutua habían sido cerradas y sus activos habían sido transferidos a otras jurisdicciones antes de septiembre de 1999.

El 22 de marzo de 2000, el primer sospechoso de lavado de activos, un ejecutivo de la India involucrado en el fraude de la compra de deuda de Ajaokuta, fue acusado de falsificación. Este fue un momento bisagra: según las reglas del proceso penal de Ginebra, las partes pueden acceder al expediente y extraer copias sólo luego de que se ha realizado la primera acusación. El acceso al expediente le permitió a los abogados que representaban a Nigeria proceder al análisis forense de la documentación que enviaban los bancos requeridos casi diariamente al juez de Instrucción, solicitar otras órdenes de embargo en Suiza y utilizar dicha documentación en apoyo de solicitudes de asistencia mutua en otras jurisdicciones[14]. En este sentido, cabe destacar que Mohammed Abacha y Abubakar Bugudu intentaron limitar el acceso y el uso por parte de Nigeria de la documentación de los procesos penales locales, afirmando que su acceso a la investigación penal violaba las disposiciones de la Ley Federal de Asistencia Mutua en Materia Penal. El 7 de diciembre de

[14] Ver más adelante.

2001, el Tribunal Federal, la Corte Suprema Suiza, decidió que, como toda víctima de un delito, Nigeria tenía derecho a acceder al expediente de la investigación penal de Ginebra y a utilizar dicha documentación para promover sus reclamos, particularmente en apoyo de procedimientos civiles, siempre que la República Federal de Nigeria se comprometiera formalmente a no utilizar esos documentos, directa o indirectamente, en procesos penales, civiles o administrativos en Nigeria hasta que concluyeran los procedimientos de asistencia mutua[15].

El juez de Instrucción de Ginebra acusó a Mohammed Abacha y a Abubakar Bugudu de fraude, administración fraudulenta, participación en una organización criminal y lavado de dinero el 26 de mayo de 2000 en Lagos y el 26 de abril de 2000 en la Embajada suiza en Londres, respectivamente.

En el transcurso de la primavera y el verano de 2000, otros cómplices fueron acusados, la mayoría de los cuales confesaron sus delitos. El juez de Instrucción dictó sentencias estableciendo multas de hasta 1 millón de francos suizos por participación en una organización criminal y lavado de dinero, y órdenes de decomiso[16] por un total de u$s 70 millones, que fueron destinados a la República Federal de Nigeria como víctima de los delitos[17]. Esas condenas se referían principalmente al lavado del producto del saqueo del Banco Central de Nigeria a través de cuentas bancarias suizas.

Se enviaron numerosas cartas rogatorias a otras jurisdicciones a fin de identificar el origen o el destino de fondos controlados por la organización criminal de Abacha. Además, en el año 2000, el juez de Instrucción de Ginebra viajó dos veces a Nigeria para interrogar a testigos y obtener evidencia.

En noviembre de 2003, Daniel Zappelli, que había sucedido a Bernard Bertossa como procurador general de Ginebra, emitió una nueva orden por falsificación, participación en una organización criminal y lavado de dinero contra un ejecutivo inglés cuya cuenta había sido reportada por su banco recién en enero de 2002, y 110 millones de francos suizos fueron decomisados y asignados a la

15 ATF 1A.157/2001 y 1A.158/2001, del 7 de diciembre de 2001, disponible en *www.bger.ch*.

16 Art. 59, inc. 1, SPC (correspondiente al artículo 70, SPC, desde el 1 de enero de 2007).

17 Art. 60, SPC (correspondiente al artículo 73, SPC, desde el 1 de enero de 2007).

República Federal de Suiza. Los fondos lavados fueron identificados como sobornos pagados por este ejecutivo y otros a Mohammed Abacha y a Abba Abacha a cambio de contratos públicos sobrevaluados que requerían de la aprobación del general Sani Abacha.

En abril de 2005, Abba Abacha fue extraditado de Alemania a Suiza y acusado de falsificación, participación en una organización criminal y lavado de dinero. Debe tenerse en cuenta que el Juez de Instrucción de Ginebra, Daniel Dumartheray, solicitó y obtuvo el embargo de las cuentas de Abba Abacha en Luxemburgo basado en la jurisdicción suiza sobre el decomiso de todos los activos controlados por un miembro de una organización criminal, con respecto a los cuales se invierte la carga de la prueba del origen de los activos[18].

Hasta la fecha, la investigación en Ginebra sobre las actividades de la organización criminal de Abacha en Suiza continúa, con la activa participación de la República Federal de Nigeria. Cuando se lleve a cabo el juicio de Mohammed Abacha y/o de Abba Abacha ante el Tribunal Penal de Ginebra, Nigeria tendrá derecho a participar de las audiencias, requerir su condena, solicitar que se le asignen los activos decomisados, particularmente las cuentas congeladas en Luxemburgo, y reclamar los daños y perjuicios.

En el año 2000, las copias obtenidas del proceso penal local de Ginebra pudieron ser inmediatamente utilizadas para localizar fondos controlados por la organización criminal de Abacha en Suiza y en otras jurisdicciones[19]. Si las autoridades de Nigeria hubieran confiado en los procedimientos de asistencia mutua, recién en agosto de 2003 hubieran recibido la evidencia, luego de que el Tribunal Federal suizo rechazara en abril de 2003[20] la última apelación de la familia de Abacha contra la decisión del Departamento Federal de Justicia del 24 de enero de 2002 de transmitir la evidencia[21] (el procedimiento de apelación fue suspendido por seis meses, mientras el gobierno de Nigeria y la familia de Abacha negociaban un acuerdo global estableciendo la devolución de u$s 1 billón a Nigeria, al cual Mohammed Abacha renunció en agosto de 2002).

18 Ver más arriba.

19 Ver más adelante.

20 ATF 1A.49-54/2002 ATF, del 23 de abril de 2003, disponible en *www.bger.ch*.

21 Comunicado de prensa FDJP, 25 de enero de 2002, *www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/dokumentation/mi/2002/ref_2002-0125.html.*

VII. Pedidos a Luxemburgo, el Reino Unido, Liechtenstein y Jersey

El 29 de febrero de 2000, se envió una carta rogatoria a Luxemburgo, basada en la evidencia recogida en Nigeria, que mostraba siete transferencias por un total de menos de u$s 32 millones a dos cuentas del M.M. Warburg & Co Luxembourg S.A. El pedido de asistencia mutua fue aceptado por Luxemburgo el 17 de marzo de 2000, y el 20 de marzo, ocho cuentas de ese banco fueron congeladas por un total de u$s 630 millones. Las autoridades de Luxemburgo indicaron que si bien estaban dispuestas a iniciar procesos penales locales por lavado de dinero, carecían de un fundamento jurídico para hacerlo dado que, hasta agosto de 1998, el único delito determinante del lavado de dinero era el narcotráfico. La evidencia fue transmitida a Nigeria el 9 de mayo de 2000, antes de que pudiera iniciarse una apelación. Con la autorización de las autoridades de Luxemburgo, la República Federal de Nigeria le remitió al juez de Instrucción a cargo del proceso penal en Suiza una copia de la documentación relativa a cuentas bancarias suizas, y además inició una solicitud adicional de asistencia mutua a Suiza.

El 23 de junio de 2000, se inició un pedido de asistencia mutua con el Departamento Local del Reino Unido, basado en el Esquema de Asistencia Mutua en Materia Penal del Commonwealth (esquema Harare), proveyendo evidencia de transferencias sospechosas a bancos de Londres por más de u$s 1 billón. Fue recién el 8 de mayo de 2001 que, luego de haberle dado a la familia Abacha la posibilidad de formular un descargo, el Departamento Local decidió ejecutar el pedido de Nigeria con respecto a la obtención de evidencias, contra el cual la familia Abacha buscó obtener una revisión judicial. El 18 de octubre de 2001, la División Administrativa del Tribunal Superior de Londres rechazó su apelación. Sin embargo, no fue sino hasta diciembre de 2004 que la evidencia fue en efecto transmitida a Nigeria. A pesar de la insistencia del gobierno de Nigeria, las autoridades del Reino Unido no habían iniciado ningún tipo de investigación para identificar la localización de los fondos lavados a través de bancos londinenses con miras a iniciar procedimientos penales por lavado de dinero o procedimientos de decomiso. Las autoridades del Reino Unido nunca ordenaron el embargo de los activos, ni formal ni informalmente. Como consecuencia de la falta de una investigación local, la evidencia enviada a Nigeria fue en su mayor parte inútil.

Las pruebas obtenidas en Suiza y Luxemburgo mostraron importantes transferencias provenientes de bancos de Liechtenstein. El 28 de julio de 2000, se inició una solicitud de asistencia mutua en Liechtenstein, que fue admitida el 22 de agosto de 2000 y que llevó

al embargo de más de diez cuentas bancarias por un total de u$s 200 millones. Hasta la fecha, aún se encuentran pendientes apelaciones en Liechtenstein contra la transmisión de evidencia a Nigeria. Sin embargo, paralelamente, las autoridades de Liechtenstein iniciaron su propia investigación penal por lavado de dinero, en la cual la República Federal de Nigeria fue admitida como actor civil, aunque sin acceso al expediente. En el contexto de su investigación local, las autoridades de Liechtenstein obtuvieron asistencia mutua de Nigeria, Suiza, Alemania, Austria y Luxemburgo, entre otras jurisdicciones. El 19 de enero de 2005, la Procuración General de Liechtenstein solicitó la acusación de Mohammed Abacha, Abba Abacha y cuatro ejecutivos de Liechtenstein por abuso de confianza y lavado de dinero. El 10 de octubre de 2006, comenzó un juicio penal que fue convertido en un procedimiento de decomiso relativo a los activos congelados en Liechtenstein debido a la ausencia de los acusados en el juicio. Al final del proceso, Nigeria, como víctima de los delitos, tendrá derecho a recibir los activos decomisados.

El 1 de enero de 2001 se inició un pedido de asistencia mutua en Jersey, en donde se congelaron activos inicialmente por u$s 160 millones mediante un embargo informal de la policía de Jersey (“*no consent*”). Las autoridades de Jersey iniciaron investigaciones de las actividades de lavado de dinero que se llevaron a cabo en la isla. En ese contexto, solicitaron asistencia mutua de Nigeria, Suiza, Estados Unidos y el Reino Unido. El 18 de marzo de 2004, Abubakar Bagudu fue arrestado en Houston, Tejas, a pedido de Jersey, que solicitó su extradición el 18 de julio de 2003. El gobierno de Nigeria y Abubakar Bagudu llegaron a un acuerdo, por el cual este último accedió a devolver u$s 160 millones y luego fue deportado a Nigeria. Se encuentra pendiente un juicio contra un ejecutivo de la India que obtuvo contratos sobrevaluados del general Sani Abacha a cambio del pago de sobornos de un 40% del precio del contrato. Asimismo, se han iniciado procedimientos de asistencia mutua y/o penales en Austria, las Bahamas, Bélgica, las Islas Caimán, Francia, Alemania, Kenya y los Estados Unidos.

VIII. La decisión de Suiza de repatriar u$s 500 millones

A fines del año 2000, luego de casi un año de investigaciones internacionales, más del 95% de los activos de la organización criminal de Abacha que habían sido identificados en el mundo ya habían sido embargados. Las investigaciones mostraron que más de veinte empresas habían pagado sobornos a pedido del general Abacha y que numerosos contratos públicos sobrevaluados habían sido

concedidos a empresas controladas por la familia Abacha. El general Abacha fue designado beneficiario final de sólo tres de las 130 cuentas utilizadas por su organización criminal. Los beneficiarios finales designados en las otras cuentas eran en la mayoría de los casos sus hijos y, en algunos casos, ejecutivos que se habían ganado su confianza.

Desde el comienzo, los hijos del general Abacha han utilizado tácticas dilatorias, y nunca le explicaron a las autoridades el origen de su extraordinaria riqueza.

Entre 1999 y 2003, la República Federal de Nigeria realizó una recuperación sustancial: se emitieron órdenes de decomiso, algunas de ellas basadas en la inversión de la carga de la prueba aplicable a bienes bajo el control de una organización criminal[22]. En el contexto de los procesos penales locales por lavado de dinero, también se realizaron negociaciones de *plea bargaining* con las autoridades locales, en las cuales se concedió una atenuación de la sentencia o la delegación de la persecución penal a Nigeria a cambio de la restitución voluntaria.

Sin embargo, si bien estos casos de recuperación excedieron los u$s 700 millones, también mostraron sus límites con sospechosos no cooperadores, particularmente los hijos del ex general Sani Abacha.

Luego de que el Tribunal Federal había confirmado en su resolución del 23 de abril de 2003 que podía concederse la asistencia mutua, la República Federal de Nigeria insistió en que la restitución de los u$s 500 millones de activos congelados en Suiza debía ocurrir antes de que se emitiera una orden de decomiso definitiva en Nigeria. Este pedido, ya contenido en la carta rogatoria del 20 de diciembre de 1999, se basó en el párrafo 3 del artículo 74 de la Ley Federal de Asistencia Mutua en Materia Penal, según el cual: "La transferencia de fondos puede llevarse a cabo en cualquier etapa del procedimiento extranjero, en general luego de una decisión definitiva y ejecutable en el Estado requirente".

La jurisprudencia respecto de la posibilidad de una transferencia anticipada, que había sido introducida en la legislación en 1997, era escasa y mayormente negativa[23]. Según dicha jurisprudencia, la transferencia de fondos anticipada sólo era posible en casos excep-

22 Ver más arriba.

23 ATF 115 Ib 517; ATF 123 II 134; ATF 123 II 268; ATF 123 II 595, disponible en *www.bger.ch*.

cionales, cuando fuera clara tanto la identificación de los activos con un delito específico como las circunstancias de dicho delito. El artículo 74 de la Ley Federal de Asistencia Mutua en Materia Penal era considerado una disposición de fortalecimiento (*Kann-Vorschrift*) que le otorga a la autoridad amplias facultades discrecionales para decidir, sobre la base de un análisis profundo de todas las circunstancias, si puede llevarse a cabo una transferencia de fondos anticipada y bajo qué condiciones.

Gracias a la profunda investigación de los procedimientos penales locales en Ginebra, el origen delictivo de los fondos se encontraba claramente demostrado, lo cual fue resumido en una carta del 2 de octubre de 2003 al Departamento Federal de Justicia.

El 19 de agosto de 2004, el Departamento Federal de Justicia acordó transmitirle a Nigeria todos los activos que se encontraban en Suiza cuyos beneficiarios finales fueran de la familia Abacha, renunciando a la condición de que existiera una orden judicial de decomiso previa en Nigeria. Para facilitar esta decisión, Nigeria se había comprometido a utilizar los fondos repatriados para proyectos de desarrollo monitoreados por el Banco Mundial.

Dicha decisión fue en su mayor parte confirmada por la Corte Suprema Suiza el 7 de febrero de 2005, que estableció lo siguiente[24]:

– Mohammed Sani Abacha y Abba Abacha no tenían legitimación para apelar la decisión del Departamento Federal de Justicia dado que ella se vinculaba a cuentas abiertas con las identidades falsas de "Mohammed Sani" y "Abba Sani", entre otras.

– Los activos que claramente derivaban de delitos específicos respecto de los cuales se encontraban pendientes procesos penales, a saber el saqueo del Banco Central de Nigeria, podían ser inmediatamente transmitidos.

– Con respecto a los demás activos (alrededor de u$s 50 millones), el Tribunal Federal sostuvo que la estructura establecida por el general Sani Abacha y sus cómplices constituyó una organización criminal y que la carga de la prueba respecto del origen de los activos debía ser invertida. Dado que esta decisión es ejemplar, particularmente con miras a la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada el 31 de octubre de 2003 (UNCAC), vale la pena citar extensamente un extracto de la sentencia del Tribunal Federal en este sentido:

[24] ATF 1A.215/2004, del 7 de febrero de 2005, disponible en *www.bger.ch*.

"Según el artículo 59.3, CP, el juez debe ordenar el decomiso de todos los activos sobre los cuales una organización criminal tenga poder de disposición; debe presumirse que los activos pertenecientes a una persona que ha estado involucrada o a ayudado e incentivado a una organización criminal definida en los términos del artículo 260 *ter*, CP, se encuentran sujetos, hasta que se pruebe lo contrario, al poder de disposición de dicha organización. Debe probarse que la persona en cuestión participó o ayudó a dicha organización. En cambio, no es necesario probar que la persona o la organización en cuestión cometieron un delito específico, o que los activos derivan de un delito. No se renunciará al decomiso excepto que la persona en cuestión sea absuelta en el proceso penal, ya sea en Suiza o en el extranjero; sin embargo ello está sujeto a una condición cuando el procedimiento de decomiso en Suiza encuentre nueva evidencia que demuestre el papel desempeñado por dicha persona en la organización en cuestión (Florian Baumann, 'Basler Kommentar', Strafgesetzbuch, I, Notas 58 *et seq*. al artículo 59, CP; Niklaus Schmid, op. cit., Notas 130 *et seq*. al artículo 59, CP). El artículo 260 *ter*, CP, define a una 'organización criminal' como una organización que mantiene su estructura y su personal bajo secreto y que persigue la finalidad de, entre otras cosas, obtener ingresos por medios ilícitos. Toda persona que haya ayudado a dicha organización es penalmente responsable (capítulo 1), incluso cuando el delito se comete en el extranjero, siempre que la organización lleve a cabo o deba llevar a cabo su actividad ilícita en Suiza (capítulo 3).

No es necesario decidir en estos procedimientos de apelación la cuestión de si puede ordenarse el decomiso en Suiza según el artículo 59, capítulo 3, CP (en este punto cf. ATF 128 IV 145). En cambio, sí surge la cuestión de si el artículo 74a (3) de la Ley Federal de Asistencia Mutua en Materia Penal no debería ser interpretado a la luz de dicho artículo.

En su mensaje del 30 de junio de 1993 relativo a la modificación del Código Penal, que llevó a que se introdujera el capítulo 3 al artículo 59, CP, según la Ley del 18 de marzo de 1994, en vigor desde el 1 de agosto del mismo año, el Consejo Federal destacó que el propósito de esta nueva ley era revocar la regla prevaleciente tanto en la legislación local como en la asistencia mutua, según la cual los activos sólo pueden ser decomisados cuando es posible probar el delito del cual derivan. Con respecto a la organización criminal, el decomiso se extiende a todos los activos que posea. Esto se explica por el hecho de que si una organización criminal tiene los activos en cuestión, es altamente probable que ellos deriven de una actividad igual-

mente ilícita (FF 1993 III, pp. 269 *et seq.*, 308). El Consejo Federal ha justificado la adopción de una regla específica en ese sentido, entre otras cosas, por la necesidad de facilitar la asistencia mutua y la ejecución de órdenes de decomiso extranjeras relativas a los bienes y activos transferidos a Suiza por organizaciones criminales (ibid, página 309). De ello se sigue –aunque el mensaje no lo diga– que el artículo 59, capítulo 3, segunda oración, CP, también se aplica en el ámbito de la asistencia mutua (para una opinión similar, ver Harari, op. cit., p. 185, nota 78; Baumann es más reservado en sus comentarios; si bien destaca que el artículo 74a de la Ley Federal de Asistencia Mutua en Materia Penal refiere a la repatriación del producto del delito y no a los activos en poder de una organización criminal, admite tal repatriación siempre que se garanticen los derechos de terceros de buena fe, op. cit., nota 77 al artículo 59, CP). *En consecuencia, se presume que los fondos pertenecientes a una organización criminal tienen un origen ilícito excepto que los propietarios prueben lo contrario.* A menos que hayan revertido la presunción del artículo 59, capítulo 3, segunda oración, CP, debe ordenarse la repatriación según el artículo 74a de la Ley Federal de Asistencia Mutua en Materia Penal, sin que sea necesario investigar el origen de los fondos reclamados. *La estructura establecida por Sani Abacha y sus cómplices constituye una organización criminal* en los términos del artículo 59, capítulo 3, CP, dado que su objeto fue malversar fondos del Banco Central de Nigeria para fines personales, y beneficiarse de transacciones corruptas (cf. Bernard Corboz, 'Les infractions en droit Suisse', vol. II, Bern, 2002, sobre el Artículo 260 *ter*, CP).

9.2 En el curso de las decisiones que debe tomar con respecto a la repatriación de fondos, el Departamento Federal debe ofrecerle a los titulares de las cuentas en cuestión la oportunidad de manifestar todos los argumentos que consideren apropiados para *revertir la presunción* establecida en el artículo 59, capítulo 3, segunda oración, CP, es decir *probar que los fondos no tienen un origen ilícito*".

Posteriormente, cuando el Departamento Federal de Justicia le dio la oportunidad, la familia Abacha ni siquiera intentó revertir la presunción probando que los fondos no tenían un origen ilícito. En consecuencia, todos sus activos en Suiza, un total de u$s 508 millones, fueron transferidos a Nigeria entre 2005 y 2007.

IX. Conclusiones

En muchos sentidos, el caso Abacha merece ser considerado un "caso exitoso", no sólo debido a los montos recuperados hasta el momento (u$s 2 billones, de los cuales u$s 1.2 billones fueron recu-

perados internacionalmente), sino porque la recuperación fue obtenida mediante la mutua cooperación de autoridades de persecución penal, jueces de instrucción y policías en diversas jurisdicciones.

La razón por la cual la cooperación fue exitosa no fue sólo que dichas autoridades deseaban asistir a Nigeria en sus esfuerzos por recuperar el producto de delitos cometidos a su costa, sino mayormente porque ellas consideraban que era de interés público investigar y perseguir los actos de fraude, lavado de dinero y participación en una organización criminal que habían ocurrido en sus respectivas jurisdicciones a gran escala.

El reconocimiento de que el lavado del producto de la corrupción y la malversación de caudales públicos era un problema local muy grave, y que las autoridades requeridas no deberían limitar su papel a esperar pasivamente que llegaran cartas rogatorias o a que se iniciaran procedimientos en Nigeria, anticipó los principios contenidos en la UNCAC.

Al iniciar procedimientos penales locales de decomiso, Suiza, Liechtenstein y Jersey adoptaron la conducta que describe el artículo 54, párrafo 1.b[25].

La decisión de la Corte Suprema suiza del 7 de febrero de 2005 es un ejemplo de implementación del artículo 31, párrafo 8[26], en relación a la inversión de la carga de la prueba y del artículo 54, párrafo 1.c[27], en relación al decomiso sin condena penal.

[25] Art. 54, párr. 1, UNCAC: "1. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: (…)

b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes, cuando tengan jurisdicción, puedan ordenar el decomiso de esos bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno".

[26] Art. 31, párr. 8, UNCAC: "8. Los Estados parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos".

[27] Art. 54, párr. 1, UNCAC: "1. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito

Los casos de gran corrupción y malversación de fondos públicos, tales como los cometidos por la organización criminal de Abacha, son un desafío para las autoridades judiciales, debido a la lentitud de la asistencia mutua y a la gran cantidad y variedad de delitos cometidos.

En casos tan complejos, las autoridades de persecución penal pueden decidir concentrarse en unos pocos delitos para obtener una condena. Sin embargo, este enfoque pragmático es incompatible con el requisito de muchos procedimientos de decomiso de que los activos deben ser probados hasta el último centavo, lo cual es virtualmente imposible en casos de tal magnitud.

La existencia de un sistema de órdenes de decomiso que sea independiente de la condena penal es por lo tanto una necesidad en casos de gran corrupción. En este contexto, invertir la carga de la prueba o imponer consecuencias procesales ante la falta de cooperación por parte del titular de los activos en relación a su origen parecen ser la mejor práctica legislativa. La presunción de inocencia no necesariamente se aplica a los procedimientos de decomiso y las "presunciones de hecho o de derecho operan en todos los sistemas de derecho penal y no están en principio prohibidas" y, por lo tanto, no violan el derecho a un juicio justo[28].

Para concluir, debería tenerse en cuenta que durante los primeros siete años de investigación del caso Abacha, la recuperación se realizó exclusivamente con la cooperación de los titulares de los bienes, quienes querían evitar la persecución o mitigar su condena. Hasta la fecha, luego de más de ocho años de procesos internacionales de recuperación en diez jurisdicciones, la audaz resolución de la Corte Suprema suiza de febrero de 2005 no se ha repetido, si bien se encuentran pendientes procedimientos de decomiso en varias otras jurisdicciones.

Es de esperar que en el futuro, casos similares de gran corrupción encuentren una solución en un menor tiempo, particularmente

---

tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: (…)

c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados".

28 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Phillips v. the United Kingdom del 5 de Julio de 2001 (Application n° 41087/98), párrs. 35 y 40.

mediante la transferencia anticipada de fondos. Se requirió una extraordinaria voluntad política de sucesivos gobiernos de Nigeria para sostener las investigaciones y los esfuerzos de recuperación, a pesar de los esfuerzos de desestabilización por parte de miembros de la organización criminal de Abacha, quienes aún eran ricos y poderosos. Otros países pueden no tener tanta suerte, y pueden no tolerar la presión política que implica más de ocho años de difíciles procedimientos internacionales.

Cuarta Parte

Los desafíos para los sistemas latinoamericanos. El caso argentino

Capítulo 11

Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública en la Argentina

Natalia A. Volosin*

I. Introducción

El capítulo 4 de este libro ha examinado los principales estándares establecidos en la UNCAC para prevenir y detectar transferencias que canalicen el producto de actos de corrupción. Mientras el artículo 14 de la UNCAC establece el marco general para prevenir el lavado del producto de los delitos, el artículo 52 requiere que los Estados parte obliguen a sus instituciones financieras a verificar la identidad de sus clientes, a adoptar medidas razonables para identificar al beneficiario final de cuentas de valor elevado (banca privada) y a establecer un escrutinio intensificado respecto de las cuentas de las personas políticamente expuestas (en adelante, PEP). En el mismo sentido, la UNCAC formula diversas recomendaciones en relación al control del incremento patrimonial de los funcionarios públicos (art. 52.5 y 6).

Este capítulo se propone analizar el nivel de desarrollo que ha tenido este sistema en Argentina, destacando los incentivos positivos y negativos que genera para los actores involucrados y los niveles de sinergia entre los diferentes componentes del sistema.

El capítulo se organiza del siguiente modo. En la primera parte se describe el sistema general de prevención del lavado de activos establecido en Argentina: las agencias que lo componen, los sujetos del sector privado obligados a actuar como "custodios" y los estándares de prevención que deben adoptar, particularmente aquellos vinculados a las PEP. También se analizan tres supuestos de riesgo en los cuales los Estados deben adoptar medidas específicas de prevención (movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables, transferencias electrónicas y *shell banks*). En la segunda parte se explica el funcionamiento del sistema de declaraciones jura-

* Agradezco a Guillermo Jorge sus valiosos comentarios durante la elaboración de este capítulo.

das de funcionarios públicos en cada poder del Estado. En la última parte se analizan los mecanismos de cooperación existentes entre los diferentes actores del sistema, indicando los obstáculos que se presentan en el intercambio de información en virtud del secreto bancario, el secreto fiscal y el carácter reservado de una parte de las declaraciones juradas de determinados funcionarios.

II. Prevención del lavado de activos

El artículo 14 de la UNCAC establece que cada Estado parte:

Párrafo 1.a

"Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas".

Esta norma requiere que los Estados adopten medidas a la luz de tres elementos que componen el sistema de prevención del lavado de activos: el alcance del sistema preventivo, los segmentos del sector privado que deben cumplir obligaciones preventivas y el mínimo alcance de dichas obligaciones.

II. 1. Alcance del sistema

El régimen de reglamentación y supervisión de prevención del lavado de activos en Argentina opera mediante un modelo semidescentralizado.

Los sujetos obligados que ya contaban con un ente supervisor –entidades financieras y cambiarias, mercado de valores y mercado asegurador– continúan siendo supervisados, en materia de lavado de activos, por el Banco Central de la República Argentina (en adelante, BCRA), la Comisión Nacional de Valores (en adelante, CNV), y la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), respectivamente. Estos organismos cumplen funciones regulatorias y de supervisión sobre sus sectores en todos los aspectos relativos al cumplimiento de los programas de prevención del lavado de activos. Sin embargo, la

UIF conserva el rol de supervisión y sanción en materia de cumplimiento de la obligación de reportar operaciones sospechosas.

En relación con los restantes sujetos obligados, la UIF actúa como regulador –dicta resoluciones– y supervisor –ejerce el poder de sanción, de acuerdo al régimen penal administrativo establecido en la ley 25.246–. El mercado de valores, por sus características, admite un mayor grado de autorregulación, permitiendo una fiscalización genérica de la CNV.

La función principal de la UIF consiste en centralizar y analizar la información proveniente de reportes de operaciones sospechadas de estar relacionadas con el delito de lavado de activos[1] proveniente de los delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes[2]; delitos de contrabando de armas[3]; delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita o de una asociación ilícita terrorista calificada en los términos del CP[4]; delitos cometidos por asociaciones ilícitas[5] organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales; delitos de fraude contra la Administración Pública[6]; delitos contra la Administración Pública[7]; delitos de prostitución de menores y pornografía infantil[8]; delitos de financiación del terrorismo[9]. La UIF también desempeña dicha función con respecto al delito de financiación del terrorismo[10].

Dado que a partir de un simple reporte resulta difícil determinar cuál es el delito precedente, la UIF analiza las operaciones reportadas sospechadas de estar relacionadas con el lavado de activos y la

1 Delito tipificado en los arts. 277 y 278, CP.

2 Ley 23.737.

3 Ley 22.415.

4 Arts. 210 *bis* y 213 *ter*, respectivamente.

5 Art. 210, CP.

6 Art. 174, inc. 5, CP.

7 Capítulos VI, VII, IX y IX *bis* del Título XI del Libro Segundo, CP.

8 Arts. 125, 125 *bis*, 127 *bis* y 128, CP.

9 Art. 213 *quater*, CP. Los delitos de financiación del terrorismo y de asociación ilícita terrorista fueron creados mediante la ley 26.268 (publicada el 5 de julio de 2007), que también modificó la normativa de la Ley de Lavado de Activos para incluir este delito como delito precedente del lavado de activos a los efectos del análisis de operaciones sospechosas por parte de la UIF.

10 Ídem.

limitación de los delitos precedentes establecidos legalmente no cumple una función relevante.

Si al analizar la información la UIF determina que una operación es sospechosa de canalizar el producto de algún delito, remite los elementos de convicción obtenidos al Ministerio Público para que éste establezca si corresponde ejercer la acción penal[11]. En el año 2001, la Procuración General de la Nación (en adelante, PGN) estableció que las denuncias de la UIF serían recibidas por un fiscal general[12], quien en 2006 fue designado titular de una nueva unidad fiscal especial: la Unidad Fiscal para la Investigación de los Delitos de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo[13]. Esta unidad fiscal recibe los expedientes que le remite la UIF, lleva un registro de ellos y continúa la investigación preliminar a fin de determinar, en un plazo máximo de 60 días corridos, si corresponde ejercer la acción penal. Si en ese término no puede determinarse si corresponde o no ejercer la acción penal, la unidad remite las actuaciones a un fiscal de primera instancia para que concluya dicha tarea. Por otra parte, si la unidad decide no ejercer la acción penal, debe requerirle al juez competente el archivo de las actuaciones[14].

II. 2. Sujetos obligados

Argentina ha sometido a obligaciones de prevención a las instituciones financieras bancarias y no bancarias y a quienes prestan servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero, así como a

11 Art. 13, inc. 2, y art. 19, ley 25.246.

Cuando se sancionó la Ley de Lavado de Activos, se estableció que cuando de las informaciones aportadas o de los análisis realizados por la UIF surgieran elementos de convicción suficientes para sospechar la comisión de lavado de activos, la UIF lo comunicaría al Ministerio Público para que éste ejerciera la acción penal. La UIF consideró que ello "excedía las posibilidades fácticas de un organismo administrativo" (Informe de la UIF 2006, p. 31, disponible en *www.uif.gov.ar*, 20/4/2008). La ley fue modificada en el año 2006, limitando la facultad de la UIF a informar casos en los que exista sospecha de lavado de activos y encomendando al Ministerio Público la facultad de decidir si corresponde o no ejercer la acción penal (según ley 26.087, promulgada el 21 de abril de 2006).

12 Resolución PGN 9/01 del 27 de febrero de 2001.

13 Resolución PGN 130/06 del 21 de septiembre de 2006. La fiscalía comenzó a funcionar en noviembre de ese mismo año.

14 Art. 3 de la Resolución PGN 130/06.

otros órganos particularmente susceptibles de ser utilizados para el lavado de activos, incluyendo a determinadas profesiones liberales, e incluso a registros públicos y a organismos públicos que supervisan actividades económicas y negocios jurídicos[15].

Sector privado

En primer lugar, la Argentina ha establecido como sujetos obligados a los clásicos intermediarios del sector financiero –entidades financieras sujetas al régimen de la Ley de Entidades Financieras[16], mercado cambiario[17], mercado de valores[18], mercado de seguros[19]–.

También se encuentran obligados otros intermediarios financieros que realizan transferencias de dinero o valores[20], que emiten medios de pago[21] o que de otro modo invierten, administran o manejan fondos o dinero a nombre de otras personas[22].

[15] Art. 20, ley 25.246.

[16] Decreto-ley 21.526 del 14 de febrero de 1977, cuya autoridad de aplicación es el BCRA. Se trata de las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas, de la Nación, de las provincias o municipalidades, que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. Incluye expresamente a los bancos comerciales, bancos de inversión, bancos hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles y a las cajas de crédito.

[17] a) Cajas, agencias y oficinas de cambio (Decreto-ley 18.924); b) personas físicas o jurídicas autorizadas por el BCRA para operar en la compraventa de divisas o en la transmisión de fondos dentro y fuera del territorio nacional.

[18] Agentes y sociedades de bolsa, sociedades gerente de fondos comunes de inversión, agentes de mercado abierto electrónico y todos aquellos intermediarios en la compra, alquiler o préstamo de títulos valores que operen bajo la órbita de bolsas de comercio con o sin mercados adheridos.

[19] a) Empresas aseguradoras; b) productores, asesores de seguros, agentes, intermediarios, peritos y liquidadores de seguros cuyas actividades estén regidas por la Ley de Entidades de Seguros (Decreto-ley 20.091) y por el Régimen de Productores Asociados de Seguros (Decreto-ley 22.400).

[20] Empresas prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas o de traslado de dinero.

[21] Empresas emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjetas de crédito o de compra.

[22] a) Administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones; b) agentes intermediarios inscritos en los mercados de futuros y opciones, cualquiera sea su objeto; c) sociedades de capitalización, de ahorro, de ahorro y préstamo, de economía, de constitución de capitales u otra determinación similar o equiva-

Finalmente, la Ley de Lavado de Activos obliga a algunas profesiones liberales[23] y a determinados sujetos no financieros[24] (todos ellos considerados particularmente susceptibles de ser utilizados para el lavado de activos).

Sector público

En el ámbito del sector público, se encuentran obligados determinados registros públicos[25] y organismos públicos que supervisan actividades económicas y negocios jurídicos[26].

II. 3. Obligaciones de prevención (art. 14)

II. 3. A. Identificación del cliente[27]

Al igual que la mayor parte de los sistemas de prevención del lavado de activos, las primeras disposiciones de la UIF con respecto a la regla "conozca a su cliente" adoptaron un enfoque puramente

---

lente, que requieran bajo cualquier forma dinero o valores al público con la promesa de adjudicación o entrega de bienes, prestaciones de servicios o beneficios futuros (art. 9, ley 22.315); d) empresas dedicadas al transporte de caudales.

[23] a) Escribanos públicos; b) profesionales matriculados cuyas actividades estén reguladas por los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, excepto cuando actúen en defensa en juicio.

[24] a) Despachantes de aduana, agentes de transporte aduanero, apoderados generales y dependientes de unos y otros y de los importadores y exportadores (Decreto 618/97, art. 9, inc. 2.l, que reemplaza al art. 23, inc. t, del Código Aduanero, derogado por el art. 20 del decreto citado); b) personas físicas o jurídicas que como actividad habitual exploten juegos de azar; c) personas físicas o jurídicas dedicadas a la compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática o a la exportación, importación, elaboración o industrialización de joyas o bienes con metales o piedras preciosas; d) personas jurídicas que reciban donaciones o aportes de terceros.

[25] Registros públicos de comercio, organismos representativos de fiscalización y control de personas jurídicas, registros de la propiedad inmueble, registros del automotor y registros prendarios.

[26] Organismos de la administración pública y entidades descentralizadas y/o autárquicas que ejercen funciones regulatorias, de control, supervisión y/o superintendencia sobre actividades económicas y/o negocios jurídicos y/o sobre sujetos de derecho, individuales o colectivos: el BCRA, la AFIP, la SSN, la CNV y la Inspección General de Justicia.

[27] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la UNCAC, la obligación de verificar la identidad de los clientes también se encuentra establecida en el artículo 52.1 de la Convención.

normativo, por el cual se establecían requisitos estrictos y objetivos de identificación de clientes aplicables sin distinción alguna.

El enfoque normativo plantea algunas dificultades. Dado que existen productos, clientes y segmentos del servicio que implican mayores riesgos de canalizar operaciones de lavado si el mercado es sometido a obligaciones normativas uniformes, se introducen costos innecesarios para aquellas entidades que operan con clientes, productos o en segmentos de bajo riesgo. Para ponerlo en un ejemplo extremo, un banco especializado en productos masivos minoristas tiene muchos más clientes que un banco que sólo vende productos de "banca privada", pero enfrenta riesgos infinitamente menores. Por ello, someterlo a las mismas obligaciones por cada cliente implicaría un costo extremadamente alto para quien tiene menos riesgos y un costo relativamente bajo para quien enfrenta los mayores riesgos.

Al respecto, en su informe de 2004 sobre Argentina[28], el GAFI indicó que "en Argentina, no se exige que las entidades financieras implementen políticas graduadas de aceptación del cliente para tratar con clientes de riesgo potencialmente elevado (…) Los rigurosos procedimientos de CSC se deben centrar en los clientes (por ejemplo, PPEs) o en las operaciones (banca privada, transferencias electrónicas) que implican un riesgo más alto que el promedio".

En consecuencia, la UIF y el BCRA han ido gradualmente implementando algunas modificaciones tendientes a adoptar un enfoque basado en el riesgo[29], que en lugar de establecer definiciones estrictas indican criterios que los bancos pueden utilizar para determinar distintos niveles de riesgo. En este sentido, a mediados de 2007 la UIF y el BCRA modificaron sus disposiciones respecto del sector financiero y cambiario[30], estableciendo algunos parámetros de riesgo respecto de los cuales los sujetos obligados deben adoptar un escrutinio intensificado: presunta actuación por cuenta ajena,

[28] GAFISUD, Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo, p. 47, disponible en *www.gafisud.org/pdf/InformeArgentina_1.pdf* (20/4/2008).

[29] Para mayor información acerca del enfoque basado en el riesgo, ver Grupo Wolfsberg, "Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks", disponible en *www.wolfsberg-principles.com/risk-based-approach.html* (20/4/2008).

[30] Resolución UIF 2/07 y BCRA, Texto ordenado al 24 de septiembre de 2007 sobre Prevención del Lavado de Dinero y Otras Actividades Ilícitas en *www.bcra.org.ar* (20/4/2008).

vehículos corporativos, fideicomisos, transacciones a distancia y PEP[31]. Además, a fines de 2007 la UIF volvió a modificar la regulación de este sector debido a la necesidad de adaptarlas a las modificaciones introducidas en la Ley de Lavado de Activos en materia de financiación del terrorismo[32], e introdujo como nuevo parámetro de riesgo a las transferencias electrónicas[33].

La obligación de identificar al cliente se encuentra establecida en la Ley de Lavado de Activos, que dispone que todos los sujetos obligados deben recabar documentos que *prueben fehacientemente* la identidad de los clientes, requirentes o aportantes. La UIF ha reglamentado esta obligación estableciendo distintas pautas para cada uno de los sujetos obligados[34] y exigiendo mayores o menores niveles de identificación según se trate de clientes habituales u ocasionales, o en función de los montos de las operaciones.

Además de las regulaciones de la UIF y del BCRA, las asociaciones bancarias también han establecido una serie de códigos de orientación sobre identificación del cliente en el sistema de prevención del lavado de activos.

En el ámbito del mercado de capitales, la CNV también ha dictado normativa referida a la prevención del lavado de activos, y las organizaciones autorreguladas que reúnen a los intermediarios han emitido disposiciones sobre el tema.

II. 3. B. Identificación del beneficiario final

Cuando no existe certeza de que los clientes, requirentes o aportantes actúan en nombre propio, es decir, cuando podrían estar actuando en representación de terceros, se deben adoptar los recaudos necesarios para identificar la identidad de la persona en nombre de quien actúan[35].

[31] Se trata del escrutinio intensificado de ciertas personas, cuentas y transacciones, establecido en el párrafo 2.a del art. 52 de la Convención, al que se hará referencia en detalle más adelante.

[32] Ver nota 9.

[33] Resolución UIF 228/07 (publicada el 7/12/2007).

[34] Instituciones financieras y de cambio; mercado de capitales; seguros; remisores de fondos; obras de arte, antigüedades, joyas y piedras preciosas, etc.; juegos de azar; profesionales de ciencias económicas y escribanos.

[35] Art. 21, inc. a, ley 25.246.

Las primeras disposiciones de la UIF sobre este punto sólo establecían que cuando existían dudas sobre si los clientes actuaban por cuenta propia o cuando existía la certeza de que no actuaban por cuenta propia, los sujetos obligados debían adoptar medidas razonables a fin de obtener información sobre la verdadera identidad de la persona por cuenta de la cual actuaban los clientes (beneficiario/propietario final).

Al respecto, la evaluación del GAFI de 2004[36] indicó que dicha regulación no era lo suficientemente precisa, pues no contenía disposiciones específicas con respecto a las instituciones, sociedades anónimas, fundaciones y otras estructuras jurídicas. Además, el GAFI señaló que no resultaba claro si las entidades financieras tenían que solicitar información del cliente sobre los propietarios principales, beneficiarios o quien posea control real de la entidad.

En las modificaciones introducidas en 2007, la UIF y el BCRA establecieron diversos parámetros de riesgo en el marco de la regla "conozca a su cliente". Uno de dichos factores –vehículos corporativos– resolvió la falta de precisión a la que había aludido el GAFI en su evaluación, imponiendo el deber de identificar a los propietarios, a los beneficiarios y a quienes ejercen el control real de la persona jurídica[37].

Las disposiciones del BCRA[38] y la UIF difieren únicamente en que el BCRA trata a las empresas vehículo y a los fideicomisos como supuestos de riesgo propios de los casos de presunta actuación por cuenta ajena, mientras que la UIF los considera factores independientes.

II. 3. C. Mantenimiento de registros

Los sujetos obligados deben conservar la información por el término y según las formas que establezca la UIF[39], que determinó un plazo mínimo de cinco años durante el cual deben conservar tanto la documentación relativa a la identificación del cliente como los

[36] GAFISUD, Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo, cit. *supra* nota 28, p. 44.

[37] Anexo I, Sección II, punto 2.1.6.2. de la Resolución UIF 02/07. Esta disposición se mantuvo en la Resolución UIF 228/07.

[38] Texto ordenado al 24 de septiembre de 2007 sobre Prevención del Lavado de Dinero y Otras Actividades Ilícitas, cit. *supra* nota 30, punto 1.3.4.2.

[39] Art. 21 de la ley 25.246.

documentos relativos a las transacciones u operaciones[40]. El plazo de cinco años es el mismo que ha establecido el GAFI en su Recomendación 10.

El BCRA también ha emitido normativa con respecto a la conservación de documentación que permita reconstruir las transacciones, indicando que el plazo y las condiciones son los ya establecidos en la normativa específica sobre conservación y reproducción de documentos[41]. Las normas en cuestión[42] establecen que las entidades pueden optar por los procedimientos que estimen más convenientes para la conservación de comprobantes de su operatoria, e incluso pueden utilizar medios de reproducción (fotografías, microfilmaciones, etcétera). La información interna puede reproducirse a partir de los dos años de su registración contable y la suscrita por terceros a partir de los dos años de concluida la operación. Los soportes de información que contienen las reproducciones deben ser conservados por un plazo de diez años.

II. 3. D. Reporte de operaciones sospechosas

La UIF recibe dos tipos de información: reportes de operaciones sospechosas (en adelante, ROS) e informes de otras fuentes (en adelante, IOF). Los ROS son los reportes que realizan los sujetos obligados, mientras que los IOF refieren a información que el organismo gestiona en el marco de su competencia (declaraciones voluntarias y denuncias de sujetos de derecho no comprendidos en la obligación de informar).

Con respecto a los ROS, la Ley de Lavado de Activos establece que los sujetos obligados deben informar cualquier hecho u operación sospechosa, independientemente del monto[43]. A tal efecto, se

40 Ver entidades financieras y cambiarias (Anexo I, Sección III de la Resolución UIF 228/07); mercado de capitales (Anexo I, Sección IV de la Resolución UIF 3/02); sector de seguros (Anexo I, Sección IV de la Resolución UIF 50/08); remisores de fondos (Anexo I, Sección IV de la Resolución UIF 9/03); obras de arte (Anexo I, Sección IV de la Resolución UIF 11/03); juegos de azar (Anexo I, Sección V de la Resolución UIF 17/03); profesionales de ciencias económicas (Anexo I, Sección VI de la Resolución UIF 3/04); escribanos (Anexo I, Sección VI de la Resolución UIF 10/04).

41 Texto ordenado al 24 de septiembre de 2007 sobre Prevención del Lavado de Dinero y Otras Actividades Ilícitas, cit. *supra* nota 30, punto 1.4.

42 Texto ordenado al 23 de diciembre de 1999 sobre Conservación y Reproducción de Documentos en *www.bcra.org.ar* (20/4/2008), puntos 2.1. y 2.5.

43 Art. 21, inc. b, ley 25.246.

consideran operaciones sospechosas a "aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada".

Es decir que Argentina, siguiendo la tendencia internacional, ha adoptado un sistema subjetivo, que no establece un umbral mínimo por encima del cual deban reportarse todas las transacciones[44]. Inicialmente la UIF había establecido un monto mínimo de 50.000 pesos para el ROS[45] (en una transacción o en varias transacciones relacionadas), debido a que el organismo carecía de los medios técnicos y humanos necesarios para analizar todos los reportes. La UIF derogó el límite en el año 2005, entendiendo que ya contaba con recursos suficientes[46]. También cabe notar que en el informe del GAFI sobre Argentina de 2004 se había indicado que este límite resultaba contrario a la Ley de Lavado de Activos, pues ésta dispone la obligación de reportar todas las operaciones sospechosas, y que si bien la UIF lo había establecido por razones prácticas, resultaba demasiado alto y debía ser reconsiderado[47].

El modelo subjetivo, al igual que el enfoque basado en el riesgo, sigue las tendencias del derecho prudencial bancario, que asume que los sujetos obligados son los más interesados en evitar que sus instituciones sean utilizadas para lavar activos y que son, de hecho, quienes se encuentran en una mejor posición para determinar cuándo una transacción ha de ser considerada sospechosa. Este tipo de sistema requiere que las instituciones financieras tengan incentivos específicos para preservar su reputación y para mantener su ambiente libre de dinero de origen dudoso. En cambio, en el modelo objetivo (umbral mínimo) el sector privado no necesita demasiados incentivos, pues cuando realiza un reporte no siente que esté enfrentando a sus clientes.

44 De todas formas, cabe destacar que el sistema Argentino no es completamente subjetivo (como sí lo es, por ejemplo, el de Suiza), dado que no establece que los sujetos obligados deban bloquear automáticamente los fondos correspondientes a un ROS.

45 Anexo I, Sección V, punto 3 de la Resolución 2/2002. Se trata del mismo límite establecido en el art. 278, CP.

46 Resolución 4/2005.

47 GAFISUD, Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo, cit. *supra* nota 28, p. 58.

Si bien la tendencia general es confiar en los sistemas subjetivos, la mayoría de los países ha combinado ambas alternativas. La información de rutina que provee el sistema basado en el umbral se usa como materia prima para crear bases de datos de operaciones financieras que han demostrado ser útiles en las investigaciones que se realizan a partir de transacciones denunciadas como sospechosas por los sujetos obligados.

La ley argentina sigue los estándares típicos para generar incentivos a los sujetos obligados. En primer término, establece una inmunidad general –disposición de "puerto seguro" o *safe harbour*– en virtud de la cual el cumplimiento de buena fe de la obligación de informar no genera responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa, ni de ninguna otra especie para los reportantes[48].

Por otra parte, para facilitar la tarea de los sujetos obligados, la UIF ha dictado normativa que regula las operaciones sospechosas, el procedimiento para detectarlas y la oportunidad de reportarlas, y ha establecido una guía de transacciones inusuales o sospechosas en la órbita de cada uno de los sujetos obligados[49].

En cuanto a los sujetos obligados cuentan con seis meses desde la fecha de la operación para analizarla. Cuando deciden que se trata de una operación sospechosa, el reporte debe ser remitido a la UIF dentro de las 48 horas[50].

[48] Art. 18, ley 25.246.

[49] Se trata del Anexo II de la Resolución UIF 228/07 (entidades financieras y cambiarias); Anexo II de la Resolución UIF 3/02 (mercado de capitales); Anexo II de la Resolución 50/08 (seguros); Anexo II de la Resolución UIF 9/03 (remisores de fondos); Anexo II de la Resolución UIF 11/03 (obras de arte); Anexo II de la Resolución UIF 17/03 (juegos de azar); Anexo II de la Resolución UIF 3/04 (profesionales de ciencias económicas); Anexo II de la Resolución UIF 10/04 (escribanos).

[50] Anexo I, Sección IV, puntos 2.4. y 2.5. de la Resolución UIF 228/07. El mismo plazo rige en el sector seguros, ver Anexo I, Sección V, puntos 2.4. y 2.5. de la Resolución UIF 50/08. Los demás sujetos obligados deben reportar dentro de las 48 horas de haber decidido que la operación es sospechosa. Ver Anexo I, Sección V, punto 2.3 de la Resolución UIF 3/2002 (mercado de capitales); Anexo I, Sección V, punto 2.2 de la Resolución UIF 9/2003 (remisores de fondos); Anexo I, Sección V, punto 2 de la Resolución UIF 11/2003 (obras de arte); Anexo I, Sección III, punto 2.2 de la Resolución UIF 17/2003 (juegos de azar); Anexo I, Sección IV, punto 2 de la Resolución UIF 3/2004 (profesionales de ciencias económicas); Anexo I, Sección IV de la Resolución UIF 10/2004 (escribanos).

Finalmente, la UIF ha facilitado el sistema de reportes, generando un formulario de reporte distinto para cada tipo de sujeto obligado.

Un avance importante del año 2007 ha sido la homogeneización y clarificación de la distribución de competencias de supervisión en relación con el sector financiero y cambiario. Hasta el año 2007 existía una innecesaria superposición normativa entra la UIF y el BCRA, que duplicaba la tarea de los sujetos obligados[51].

Los datos concretos que dan cuenta de cómo funciona el sistema de cooperación entre la UIF y los sujetos obligados indican una evolución cuantitativa positiva: en el año 2003, la UIF recibió 338 ROS, que aumentaron a 949 en el año 2007. También es positiva la influencia que tienen los reportes del sector privado en el total de reportes: el 73% de los ROS recibidos hasta diciembre de 2007 provino del sector privado. Además, la mayor cantidad de reportes fueron realizados por el sector financiero y cambiario (aproximadamente el 76% del total), seguido de los escribanos públicos (7%) y los remisores de fondos (4%)[52].

Sin perjuicio de la evolución positiva en términos cuantitativos, y de la importante participación que tiene el sector privado financiero y cambiario en el reporte de operaciones sospechosas, resulta necesario analizar en qué medida los ROS se traducen en investigaciones penales concretas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la relación media entre los reportes y las investigaciones penales difiere según el tipo de sistema que se adopte (los sistemas puramente objetivos tienen una tasa menor al 1%; los sistemas totalmente subjetivos tienen una tasa superior al 70% y los sistemas intermedios tienen una tasa entre el 3 y el 10%)[53].

[51] El GAFI hizo referencia a esta cuestión en la evolución de 2004, indicando que "el BCRA considera al parecer que sus propias normas sobre ALA (en forma de Circulares) aún se encuentran vigentes. Esto ha demostrado claramente ser muy problemático para los bancos que están obligados a cumplir con dos normas distintas que se ocupan de los mismos requisitos básicos (una del BCRA, la otra de la UIF)". GAFISUD, Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo, cit. *supra* nota 28, p. 47.

[52] Ver estadísticas hasta diciembre de 2007 en *www.uif.gov.ar* (20/4/2008).

[53] Cf'. Jorge, Guillermo y Rocha Machado, Maira, "Anti'Money Laundering and Governance in Latin America", disponible en *www.iilj.org/GAL/documents/MairaMachadoyGuillermoJorge.GAL.pdf* (20/4/2008).

En el caso de Argentina, que debido a la tendencia hacia un sistema basado en el riesgo ha adoptado un modelo intermedio cada vez más orientado a los sistemas subjetivos, la relación entre los reportes y los casos remitidos al sistema penal se encuentra dentro de la tasa media: de los ROS recibidos hasta el año 2007, el 8,42% fueron remitidos al Ministerio Público[54].

Con respecto al grado de efectividad que tienen los casos remitidos al sistema penal para iniciar investigaciones concretas, de los datos con que cuenta la Unidad Fiscal para la Investigación de los Delitos de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo surge que el 32% se encuentran tramitando la etapa de instrucción penal por lavado de dinero; el 25% fueron derivados para la investigación de delitos no comprendidos en la Ley de Lavado de Activos, y el 20% de los expedientes fueron archivados[55].

Es decir que más de la mitad de los casos remitidos por la UIF generan investigaciones penales, pero buena parte de esos casos no se corresponden a investigaciones por lavado de dinero. Si bien las razones que explican este dato pueden ser variadas, es altamente probable que ello se deba a las confusiones que pueden presentarse con respecto al tipo penal de lavado de activos (por ejemplo, porque el delito no contempla el auto-lavado y ello deriva en investigaciones sólo por el delito determinante, o por la confusión entre la evasión fiscal y el lavado de activos).

Por otra parte, con respecto a la cantidad de causas archivadas, es probable que ello obedezca a la modificación que se produjo en abril de 2006, que "transfirió" el análisis de si corresponde o no ejercer la acción penal desde la UIF al Ministerio Público[56]. En efecto, a partir de dicha modificación la cantidad de expedientes remitidos aumentó considerablemente (hasta diciembre de 2006 se remitió el 5,86% de los ROS[57], y hasta diciembre de 2007 el 8,42%). Dado que a partir de 2006 la competencia de la UIF se limitó a realizar un análisis preliminar y remitir el caso al Ministerio Público para que éste decida si corresponde ejercer la acción penal, es comprensible que una parte importante de los casos que analiza preliminarmente la UIF sean luego archivados.

54 Ver estadísticas hasta diciembre de 2007 en *www.uif.gov.ar*.

55 Informe de Argentina a la OCDE para la evaluación de la segunda fase de la implementación de la Convención de la OCDE.

56 Ver nota 11.

57 Ver estadísticas hasta diciembre de 2006 en *www.uif.gov.ar*.

II. 4. Prevención y detección de transacciones de alto riesgo (art. 52)

Históricamente, la recuperación del producto de la corrupción ha sido una experiencia que consume tiempo, es costosa y, en muchos casos, tiene resultados inciertos. Si bien estas características se aplican a todo el proceso de recuperación –desde la localización hasta el decomiso y la repatriación de activos– la etapa más difícil es sin duda el proceso de investigación. Debido a la gran disponibilidad de opciones que permiten alcanzar el anonimato en el sistema financiero internacional, y al hecho de que los funcionarios públicos corruptos de alta jerarquía pueden cooptar las instituciones locales para evitar la obtención de evidencia, localizar los activos de la corrupción ha demostrado ser la etapa más difícil de este proceso.

El artículo 52 de la UNCAC sienta las bases para facilitar esta etapa, exigiendo a las instituciones financieras que realicen un escrutinio intensificado de determinadas personas, cuentas y transacciones particularmente riesgosas.

II. 4. A. Escrutinio intensificado de clientes, cuentas y transacciones de alto riesgo

Mientras que el artículo 14 de la UNCAC establece una obligación general de identificar al beneficiario final[58], el artículo 52.1 de la Convención requiere que las instituciones financieras adopten las medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado (usualmente, banca privada). Como ya se ha mencionado, Argentina ha establecido esta obligación para todos los casos de presunta actuación por cuenta ajena que además, como veremos a continuación, son considerados de alto riesgo.

El artículo 52, párrafo 2.a de la UNCAC establece que los Estados parte deben impartir directrices a sus instituciones financieras con respecto a los tipos de cuentas y transacciones que deberán someter a un escrutinio intensificado.

Al respecto, la UIF ha establecido que las entidades financieras y cambiarias deben adoptar medidas reforzadas o intensificadas de identificación de clientes que realicen cierto tipo de opera-

[58] La norma establece la obligación de identificar al beneficiario final "cuando proceda".

ciones[59], y el BCRA también ha dispuesto obligaciones de escrutinio elevado[60].

Ambas entidades coinciden en someter a un escrutinio intensificado a los siguientes tipos de clientes:

a) Presunta actuación por cuenta ajena[61].

b) Vehículos corporativos: deben conocer la estructura de la sociedad, determinar el origen de sus fondos e identificar a los propietarios, a los beneficiarios y a quienes ejercen el control real de la persona jurídica[62].

c) Fideicomisos: deben identificar a los fiduciarios, fiduciantes y beneficiarios[63].

d) Transacciones a distancia: deben adoptar las medidas específicas que resulten adecuadas para compensar el mayor riesgo de lavado de activos cuando se establezcan relaciones de negocios o se realicen transacciones con clientes que no han estado físicamente presentes en su identificación.

e) Funcionarios públicos enumerados en el artículo 5 de la Ley de Ética Pública, cuando se trate de sus cuentas personales[64].

A fines de 2007, la UIF modificó la regulación del sector financiero y cambiario e incluyó a las transferencias electrónicas entre los tipos de transacciones que deben ser sometidas a un escrutinio intensificado, estableciendo que en estos casos las entidades "deben adoptar todos los recaudos necesarios al momento de incorporar los datos del ordenante de las transferencias de fondos, para asegurarse que la información sea completa y exacta"[65].

Sin perjuicio de estos supuestos específicos, el BCRA ha establecido que cuando se trata de fondos provenientes de países calificados como de baja o nula tributación[66], las entidades deben requerir a la entidad del exterior expresa mención de haber cumplido con

59 Anexo I, punto 2.1.6. de la Resolución UIF 228/07.

60 Texto ordenado al 24 de septiembre de 2007 sobre Prevención del Lavado de Dinero y Otras Actividades Ilícitas, cit. *supra* nota 30, punto 1.3.4.

61 Ver acápite II. 3. B de este capítulo.

62 Anexo I, Sección II, punto 2.1.6.2 de la Resolución UIF 228/2007.

63 Ídem, punto 2.1.6.3.

64 Ver el siguiente acápite de este capítulo.

65 Anexo I, Sección II, punto 2.1.6.6 de la Resolución UIF 228/2007.

66 Según los términos del Decreto 1037/00.

el principio "conozca a su cliente", sin perjuicio de la obligación genérica de identificar a los clientes destinatarios de los fondos.

La UIF no ha establecido políticas de escrutinio elevado con respecto a los paraísos fiscales. Sin embargo, las guías de transacciones inusuales o sospechosas mencionan como tipología las cuentas que se nutren con frecuencia de fondos procedentes de los denominados "paraísos fiscales" o de países o territorios considerados no cooperativos por el GAFI, así como transferencias frecuentes o de elevada cuantía a países del tipo anteriormente citado (entidades financieras y cambiarias y mercado de capitales); los potenciales clientes presentados por un agente o productor de jurisdicciones de este tipo (seguros); transacciones hacia o desde ese tipo de países o realizadas con fondos provenientes de los mismos (remisores de fondos); operaciones en las que intervengan personas físicas o jurídicas domiciliadas en esos países o que se realicen con fondos provenientes de los mismos (obras de arte y escribanos) y solicitud de gestiones de negocios, ingresos de fondos por endeudamiento o aportes de capital o existencia de sociedades en ese tipo de países (profesionales de ciencias económicas).

Para cumplir acabadamente con la obligación establecida en la UNCAC, deberían extenderse estos criterios a las restantes instituciones del mercado financiero –el sector de seguros y el sector bursátil–, con respecto a los cuales las regulaciones de la UIF aún no disponen un mayor escrutinio de cierto tipo de cuentas. Es llamativo que tal extensión no se haya materializado, en relación con el mercado asegurador, con el dictado de la Resolución 50/08, de febrero de 2008. Sin embargo, la evolución hasta la fecha deja la impresión de que tal extensión al resto de los sujetos obligados forma parte del plan de trabajo a corto plazo de los organismos de supervisión.

II. 4. B. Escrutinio intensificado de las personas políticamente expuestas

El artículo 52.1 de la UNCAC requiere específicamente que los Estados parte le exijan a sus instituciones financieras un escrutinio intensificado de "toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores".

En el marco de la evolución que ha ido teniendo el sistema argentino desde un enfoque puramente normativo hacia un enfoque basado en el riesgo en el sector financiero y cambiario, tanto las resoluciones de la UIF como la normativa del BCRA consideran a las PEP

como clientes de alto riesgo. Como se indicó en el acápite anterior, la UIF ha establecido que las instituciones financieras y cambiarias deben aplicar medidas reforzadas o intensificadas de identificación de clientes y monitoreo de transacciones en el caso de "los sujetos que cumplan las funciones o cargos enumerados en el artículo 5 de la ley 25.188, cuando se trate de sus cuentas personales"[67].

Con respecto al resto de los sujetos obligados, las guías de transacciones inusuales o sospechosas del sector de mercado de capitales, seguros y profesionales de ciencias económicas mencionan como tipología a las PEP, en cuyo caso se debe prestar *especial atención a las transacciones que realizan y que no guardan relación con la actividad declarada y con su perfil como cliente*.

Las personas consideradas políticamente expuestas tanto por la UIF como por el BCRA son sólo aquellas que se encuentran obligadas a presentar declaraciones juradas patrimoniales integrales en el orden federal[68]. La reglamentación de la UIF no incluye a los familiares o estrechos colaboradores de los funcionarios, y explícitamente limita el escrutinio intensificado a las "cuentas personales" de los funcionarios. Además, al referirse a "los sujetos que cumplan" las funciones o cargos mencionados, excluye a quienes "hayan cumplido" tales funciones. Es decir que la definición es particularmente estrecha.

El BCRA ha emitido una disposición en los mismos términos que la UIF, pero sin referencia a las cuentas personales[69], estableciendo que en estos casos las entidades deben extremar los recaudos respecto de las operaciones que realicen los clientes, considerando su razonabilidad y justificación económica y jurídica.

Es de esperar que, con el tiempo, tanto la UIF como el BCRA incluyan en la obligación de escrutinio intensificado a todos los funcionarios que cumplen o han cumplido funciones públicas prominentes en los distintos poderes del Estado nacional, provincial y municipal, así como a sus familiares y estrechos colaboradores.

La obligación de someter a las PEP a un escrutinio intensificado en el marco de un sistema orientado hacia el riesgo implica que, más allá de la necesidad de que el Estado le provea a los sujetos obligados información actualizada de quiénes son los funcionarios públicos, son las propias entidades las que deben evaluar el nivel de riesgo que

67 Anexo I, punto 2.1.6.5 de la Resolución UIF 228/2007.

68 Ver acápite III de este capítulo.

69 Texto ordenado al 24 de septiembre de 2007 sobre Prevención del Lavado de Dinero y Otras Actividades Ilícitas, cit. *supra* nota 30, punto 1.3.4.3.

presenta el cliente en función de las diversas variables aplicables. Es decir que si bien deben someter a las PEP a un mayor escrutinio, ello simplemente significa que el seguimiento sobre la compatibilidad entre sus transacciones y su perfil debe ser permanente.

Al respecto, las entidades financieras han solicitado en reiteradas ocasiones la provisión de listas actualizadas que determinen "objetivamente" el estatus de funcionario público de las personas, desde una visión normativa que no se condice con la orientación de un sistema basado en el riesgo, y que puede explicarse en las reticencias de las entidades a tomar la decisión de reportar a un funcionario, a un familiar o a un colaborador que actúa en su nombre. Sin dudas, los sujetos obligados se sienten mejor resguardados frente a estas circunstancias por una pauta objetiva.

Hasta el momento, el único listado de PEP existente es la base de datos de la Oficina Anticorrupción (en adelante, OA)[70], que sólo incluye a los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional. El BCRA ha informado a las entidades que pueden acceder a este listado.

II. 4. C. Registros especiales para clientes de alto riesgo

Sin perjuicio de la obligación genérica de mantener registros establecida en el artículo 14 de la UNCAC, la Convención contiene una disposición específica con respecto a la conservación de registros de clientes de alto riesgo. El artículo 52.3 establece que, en el marco de las directrices que emita el Estado con respecto al escrutinio intensificado de determinadas personas, cuentas y transacciones, se debe exigir una obligación especial de mantener registros de los clientes de alto riesgo y de las personas políticamente expuestas.

Sin embargo, la UIF no ha generado una política específica de registros para personas políticamente expuestas o para determinadas cuentas y transacciones, sino que para todos los clientes y operaciones rige el plazo general de cinco años al que ya se hiciera referencia.

II. 5. Otros supuestos especiales de riesgo de lavado de activos

II. 5. A. Movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables

El artículo 14.2 de la UNCAC exige que los Estados parte consideren la posibilidad de aplicar medidas para detectar y vigilar el

[70] Se trata de la base de datos de las personas cuyas declaraciones juradas son controladas por la OA (ley 25.188).

movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables, asegurando su debida utilización y sin que constituyan un impedimento para la libre circulación de capitales lícitos.

Todo sistema de prevención del lavado de activos tiene una fuerte preocupación por el transporte de moneda, instrumentos negociables y valores que son fácilmente liquidables –como las garantías bancarias o las piedras preciosas–. El motivo es bastante obvio: una vez que se han cruzado las fronteras, encubrir los orígenes de las ganancias obtenidas ilegalmente es más fácil porque para rastrear su origen se necesita utilizar los mecanismos de cooperación internacional, que en general son menos eficientes y proceden más lentamente que las investigaciones dentro de una sola jurisdicción.

La UNCAC recomienda que los Estados parte adopten un sistema por el cual todas las personas que realicen físicamente una transferencia transfronteriza de efectivo o de títulos negociables pertinentes deban realizar una declaración jurada ante las autoridades competentes.

Argentina ha establecido el sistema que recomienda la Convención, exigiendo una declaración a todas las personas que realicen físicamente una transferencia transfronteriza de ingreso o egreso por encima del umbral de 10.000 dólares o su equivalente en otra moneda en efectivo o en instrumentos monetarios[71]. Se entiende por "instrumentos monetarios" cualquier medio de pago.

Con respecto a otros medios de transporte sometidos a este sistema, los envíos postales pueden realizarse una vez por mes y por persona siempre que no superen el umbral de 10.000 dólares o su equivalente.

Recientemente, ocurrió en Argentina un caso que puede resultar significativo para ilustrar la relación que existe entre el movimiento transfronterizo de efectivo y el lavado de dinero. El 4 de agosto de 2007, Guido Alejandro Antonini Wilson, un empresario venezolano radicado en Estados Unidos, fue descubierto ingresando al país una valija que contenía 790.000 dólares no declarados. Más allá de las implicancias políticas que ha tenido el caso[72], resulta

71 Resolución General 1172/01 y 1176/01 de la AFIP y Decreto 1606/01.

72 Antonini Wilson ingresó a la Argentina en un avión privado proveniente de Venezuela –que había sido contratado por la empresa estatal argentina Enarsa– junto a al menos tres funcionarios públicos argentinos y varios funcionarios de la empresa estatal venezolana Pdvsa.

Por otra parte, el caso derivó en una investigación judicial que se realiza en Estados Unidos contra tres venezolanos y un uruguayo acusados de amenazar a

interesante considerar que comenzó como una supuesta infracción aduanera, pero luego generó una investigación por tentativa de contrabando y, recientemente, por lavado de activos[73].

Cuando la Aduana descubrió la valija, consideró que se trataba de una mera infracción al régimen de equipaje[74] y, en consecuencia, incautó el dinero, pero Antonini Wilson no fue detenido y salió del país. Poco tiempo después se inició una investigación por tentativa de contrabando, debido a que esta persona presuntamente había realizado maniobras tendientes a ocultar el dinero[75]. Finalmente, la acusación fue ampliada por el delito de lavado de activos, debido a que no pudo determinarse el destino lícito del dinero.

II. 5. B. Transferencias electrónicas

El artículo 14.3 de la UNCAC incluye a las transferencias electrónicas entre las operaciones financieras que los Estados parte deben considerar someter específicamente a sus sistemas de prevención del lavado de activos. Como requisitos mínimos, la Convención recomienda aplicar reglas de conocimiento del cliente a quien origina la transacción, y que la transacción pueda rastrearse acumulando información a lo largo de la cadena de pagos y aumentando el escrutinio (del lado receptor de la transferencia) cuando la información de quien origina la transacción es incompleta.

Antonini Wilson –testigo protegido del FBI– y conspirar para ocultar el destino del dinero.

73 En agosto de 2007 la justicia argentina solicitó a Estados Unidos la extradición de Antonini Wilson por tentativa de contrabando, pedido que en diciembre de ese mismo año fue ampliado por lavado de activos.

74 Art. 978 del Código Aduanero: "El viajero de cualquier categoría, el tripulante o cualquier persona que introdujere o pretendiere introducir al territorio aduanero como equipaje o como pacotilla, según el caso, mercadería cuya introducción en tal carácter fuere admitida en las respectivas reglamentaciones pero omitiere su declaración aduanera cuando ésta fuere exigible o incurriere en falsedad en su declaración, será sancionado con una multa de la mitad a DOS (2) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción. Esta multa nunca podrá ser inferior al importe de los tributos que gravaren la importación para consumo de la mercadería de que se tratare".

75 Art. 863 del Código Aduanero: "Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones".

En la Argentina, pueden realizar transferencias electrónicas las entidades financieras, las casas de cambio y los servicios postales, quienes se encuentran sometidos al sistema de prevención como sujetos obligados y, por lo tanto, a la normativa de la UIF sobre transacciones sospechosas.

En la Guía de Transacciones Inusuales o Sospechosas en la órbita del Sector Financiero y Cambiario elaborada por la UIF[76] se menciona como transacción que podría ser utilizada para el lavado de activos de origen delictivo a las transferencias electrónicas que no contienen todos los datos necesarios para poder reconstruir la transacción (operaciones de comercio exterior); a las transferencias electrónicas de fondos efectuadas por clientes, con entrada y salida inmediata de la cuenta, o sin que pasen a través de una cuenta de los mismos y, finalmente, a las transferencias electrónicas de grandes sumas de dinero que no contienen los datos que permitan identificar claramente dichas transacciones (operaciones relacionadas con la actividad internacional).

Hasta el año 2007, ninguna regulación específica establecía qué información debía solicitarse en el caso de las transferencias electrónicas, sino que se trataba de la misma información que se debe requerir para todas las operaciones. Particularmente, ni la UIF ni el BCRA exigían identificar al ordenante de las transferencias electrónicas.

La cuestión había sido analizada por el GAFI en el informe sobre Argentina de 2004, que había indicado que si bien el BCRA había informado que ello se exigía como práctica habitual en la industria financiera, el sector privado no había confirmado esta práctica y, aunque existiera, "parece obvio que ante la ausencia de una obligación legal expresa, cualquier institución financiera podría omitir la información del ordenante sin tener que responder a la justicia"[77]. Además, el GAFI señaló que la falta de una regulación específica sobre la información que debe conservarse respecto de las transacciones electrónicas resultaba en que la información no se acumulara a lo largo de toda la cadena de pagos, por lo que, según este organismo, el sistema sólo resultaba suficiente para las transferencias electrónicas locales[78].

76 Anexo II de la Resolución UIF 228/07.

77 GAFISUD, Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo, cit. *supra* nota 28, p. 48.

78 Ídem.

A fines de 2007, al modificar la regulación del sector financiero y cambiario por la necesidad de adaptarla a las modificaciones introducidas por el Congreso a la Ley de Lavado de Activos en materia de terrorismo[79], la UIF también adoptó una regulación específica en materia de transferencias electrónicas, estableciendo la obligación de realizar un escrutinio intensificado para este tipo de transacciones que incluye la identificación del ordenante.

II. 5. C. Shell banks

El artículo 52.4 de la UNCAC exige que los Estados parte apliquen medidas para impedir el establecimiento de *shell banks* en sus jurisdicciones, y recomienda a los Estados que le exijan a sus instituciones financieras que se nieguen a entablar relaciones con *shell banks* en calidad de bancos corresponsales y que se abstengan de establecer relaciones con bancos que sí mantienen relaciones con *shell banks*.

Al respecto, la Ley de Entidades Financieras[80] establece los requisitos para la constitución de entidades financieras, que requieren la autorización del BCRA para funcionar. Además, dispone que las sucursales de entidades extranjeras deben radicar efectiva y permanentemente en el país los capitales mínimos que se establezcan, y que la actividad en el país de representantes de entidades financieras del exterior está condicionada a la previa autorización del BCRA y a las reglamentaciones que éste disponga[81].

El BCRA ha regulado específicamente a las oficinas de representación de las entidades financieras extranjeras[82], estableciendo que los representantes de las entidades financieras del exterior deben solicitar la autorización para funcionar al BCRA. La solicitud debe contener, entre otros requisitos de interés, la memoria y el balance general correspondientes a los dos últimos ejercicios y la certificación que acredite que la institución está facultada por las leyes y autoridades del país de origen para actuar como intermediario financiero.

79 Ver nota 19.

80 Ley 21.526.

81 Art. 13, ley 21.526.

82 Capítulo VI de la Circular BCRA CREFI 2 (Comunicación "A" 2241 del 2 de septiembre de 1994) sobre creación, funcionamiento y expansión de entidades financieras.

III. Medidas para controlar el incremento patrimonial de los funcionarios públicos[83]

El sistema de representación política que caracteriza a las democracias modernas genera una paradoja con respecto a la idea de democracia, pues la distancia que separa a los gobernantes de los ciudadanos en un sistema de representación en cierto modo conspira contra la idea de que el pueblo se autogobierna[84]. Dado que la representación es ineludible, existen diversos mecanismos institucionales para reducir los déficits que ella genera, a los que se alude con el término *accountability* (control o rendición de cuentas). Dichos mecanismos se proponen evitar o reducir la posibilidad de que los gobernantes no respondan a las preferencias que los electores manifestaron al votarlos, así como a evitar la arbitrariedad.

La *accountability* puede clasificarse en vertical y horizontal, según el ámbito en el que opere el control. La *accountability* vertical implica la existencia de controles externos, básicamente garantizados mediante elecciones periódicas en las cuales los ciudadanos renuevan o no la confianza depositada en los funcionarios electos. La *accountability* horizontal, en cambio, se vincula con los controles internos que las distintas agencias estatales realizan entre sí. Específicamente, "los mecanismos horizontales se activan cuando hay una intromisión ilegal por parte de una agencia estatal con respecto a la autoridad apropiada de otra o en casos que involucran la corrupción de los funcionarios públicos"[85].

En la Argentina, uno de los principales mecanismos de *accountability* horizontal que existen en materia de corrupción pública es el sistema de declaraciones juradas patrimoniales[86]. A continuación se

[83] Esta sección ha sido elaborada sobre la base de información recolectada inicialmente por Laura Roth.

[84] En las concepciones populistas y deliberativas de la democracia, la representación es concebida como un mal necesario (es físicamente imposible que todos los interesados estemos presentes en la arena política), mientras que las concepciones pluralistas necesitan de la representación para alejar las pasiones del ámbito de toma de decisiones. Ver Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, cap. 4, Gedisa, Barcelona, 1997.

[85] Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina, "Accountability social: La otra cara del control", en *Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Democracias Latinoamericanas*, Temas, Buenos Aires, 2002.

[86] Además de los organismos que se mencionarán a continuación en materia de declaraciones juradas, debe destacarse que la PGN cuenta con una fisca-

explica cómo ha sido diseñado este sistema, cuáles son los mecanismos de publicidad de las declaraciones, su contenido y, finalmente, las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

III. 1. Diseño del sistema

El artículo 52.5 de la UNCAC recomienda a los Estados parte que consideren la posibilidad de establecer sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes y que dispongan sanciones adecuadas para el incumplimiento del deber de declarar.

Para implementar estas recomendaciones de forma efectiva, el Estado debería contar con una institución relativamente independiente que reciba las declaraciones juradas, controle su contenido y pueda iniciar los procedimientos que correspondan o realizar denuncias en caso de observar irregularidades o incumplimientos. Además, el sistema de declaraciones juradas debería ser similar o al menos seguir los mismos criterios en todas las ramas del Estado, a fin de evitar situaciones de desigualdad entre los funcionarios de diferentes reparticiones.

En Argentina, el sistema de declaraciones juradas se encuentra establecido en la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública[87]. La ley obliga a determinados funcionarios públicos[88] a completar anualmente una declaración jurada patrimonial y presentarla ante la autoridad correspondiente dentro del organismo al que pertenecen, para que luego ésta envíe una copia a la Comisión Nacional de Ética Pública.

---

lía especializada en la investigación de hechos de corrupción e irregularidades administrativas en el marco de la Administración Pública Nacional: la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. La Fiscalía fue establecida en la Ley Orgánica del Ministerio Público (promulgada el 18 de marzo de 1998). Se trata del órgano que promueve la investigación de la conducta administrativa de los agentes que integran la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación, denunciando ante la justicia competente los hechos que, como consecuencia de las investigaciones, sean considerados delitos.

87 Ley 25.188 (sancionada en septiembre de 1999).

88 Los funcionarios obligados no sólo han sido definidos sobre la base de criterios de jerarquía (funcionarios electos, funcionarios designados políticamente, militares, etc.), sino también considerando a determinadas áreas particularmente sensibles (como lo es, típicamente, la administración de recursos públicos). Ver art. 5, ley 25.188.

Esta Comisión, que según la ley debería ser el órgano independiente encargado de garantizar su cumplimiento[89] mediante la recepción y el control de las declaraciones juradas, nunca ha sido creada. En su defecto, cada poder del Estado ha generado su propio sistema.

El Poder Ejecutivo Nacional cuenta con una agencia especializada encargada de efectuar controles horizontales vinculados a la corrupción de los funcionarios públicos: la OA, creada a fines de 1999[90]. Su función principal es recibir las declaraciones y realizar un control sistemático de su contenido en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

El régimen de presentación fue posteriormente regulado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos[91].

Para monitorear el patrimonio de los funcionarios de alta jerarquía, la OA cuenta con un sistema informático mediante el cual se analiza la información según determinados criterios[92], concentrando los controles en posibles delitos de enriquecimiento ilícito[93], omisión maliciosa de presentación de la declaración jurada y omisión o falseamiento malicioso de datos[94]. También se controla la existencia de situaciones de conflicto de intereses.

Es decir que el mecanismo de control horizontal que lleva a cabo la OA ha logrado vincular positivamente (en el ámbito de su competencia) el sistema de declaraciones juradas patrimoniales al

89 La Comisión debería estar integrada por un representante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, uno del Poder Ejecutivo, el Procurador General de la Nación y ocho ciudadanos designados por el Poder Legislativo, de los cuales uno se designa a propuesta del Defensor del Pueblo y otro de la Auditoría General de la Nación.

90 Ley 25.233 (promulgada el 10 de diciembre de 1999, reglamentada por Decreto 102/99).

91 Resolución 1000/00.

92 Por ejemplo, comparación de las declaraciones de diferentes años (los cambios de un 30% en el patrimonio se consideran sospechosos), consistencia interna de la declaración, control mediante fuentes externas (por ejemplo, el registro automotor).

93 Art. 268, inc. 2, CP.

94 Art. 268, inc. 3, CP.

sistema establecido para controlar los conflictos de intereses y el enriquecimiento ilícito[95].

Con respecto a los conflictos de intereses, el artículo 8.5 de la UNCAC recomienda establecer un sistema de declaraciones por parte de los funcionarios públicos que permita evitar situaciones de conflictos de interés en relación con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes.

La declaración de situaciones de conflictos de interés puede ser independiente o puede funcionar junto a las declaraciones juradas patrimoniales. En cualquier caso, ambos sistemas son complementarios.

La Ley de Ética Pública determina las circunstancias que resultan incompatibles con el ejercicio de la función pública[96]: a) prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, cuando el cargo público desempeñado tiene competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; y b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

La ley también contiene una disposición específica que prohíbe a los funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, actuar en los entes reguladores de esas empresas o servicios durante los tres años posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado[97].

En el marco de su competencia como autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública, la OA utiliza la información de las declaraciones juradas patrimoniales para controlar los conflictos de intereses y, en caso que corresponda, inicia expedientes administrativos en los que resuelve qué medidas debe tomar el funcionario para continuar en su cargo (por ejemplo, renunciar a otro cargo que genera una situación de conflicto).

Con respecto al enriquecimiento ilícito, más allá de la recomendación de la UNCAC a los Estados parte para que tipifiquen esta conducta como delito[98], es importante destacar que el control de la

95 Arts. 8.5 y 20, UNCAC, respectivamente.

96 Art. 13, ley 25.188.

97 Art. 14, ley 25.188.

98 Art. 20, UNCAC.

evolución patrimonial de los funcionarios mediante el sistema de declaraciones juradas puede ser muy significativo si se lo utiliza para generar sinergias con la investigación judicial del enriquecimiento ilícito.

Precisamente, si del análisis de las declaraciones juradas patrimoniales surgen hechos que podrían constituir, entre otros, el delito de enriquecimiento ilícito, la OA tiene competencia para realizar la denuncia ante la justicia y constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado[99].

Durante el año 2006, del total de actuaciones en trámite ante la OA se dictaron 638 resoluciones, de las cuales 119 constituyeron derivaciones a la justicia. El 50% de dichas derivaciones fueron denuncias penales, el 33% derivaciones por incompetencia (casos que exceden la competencia de la OA[100]), el 13% derivaciones por insignificancia (casos de competencia de la OA que no se adecuan a los criterios de significación institucional, social o económica[101]) y el 4% querellas[102].

Debido a la dispersión de controles que genera el hecho de que no se haya creado la Comisión Nacional de Ética Pública, el control del patrimonio de los funcionarios públicos no funciona del mismo modo en todos los poderes del Estado. La diferencia principal consiste en que el control sistemático del contenido de las declaraciones que realiza la OA, así como la sinergia que ha podido lograr con respecto a la investigación de delitos de corrupción ante la justicia, no se repite en los demás poderes.

En el ámbito del Poder Legislativo, a fines del año 2000, los presidentes de ambas cámaras del Congreso reglamentaron la presentación de las declaraciones juradas patrimoniales de los diputados y senadores, estableciendo como autoridad de aplicación a las secretarías administrativas de cada Cámara[103]. Sin embargo, las secreta-

99 Art. 2, incs. d y e, Decreto 102/99.

100 Ver art. 1, Decreto 102/99.

101 Ver el Reglamento Interno de Investigaciones de la OA, establecido en la Resolución 748/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

102 Cf. Informe Anual 2006 de la OA, disponible en *www.anticorrupcion.gov.ar/gestion.asp* (20/4/2008).

103 Decreto Presidencial Conjunto 1405/00, del 13 de diciembre de 2000.

rías sólo custodian las declaraciones y controlan el cumplimiento de la formalidad de la presentación.

Con respecto al Poder Judicial, cabe destacar que uno de los principales obstáculos que impidieron la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública fue, precisamente, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) se negó a que el Poder Judicial participara de su conformación. En una decisión del año 2000, la Corte argumentó que "no le corresponde participar en organismos cuyas funciones son ostensiblemente ajenas a las atribuciones que la Constitución Nacional confiere al Poder Judicial"[104] y que la competencia atribuida a la mencionada comisión "constituye una interferencia inaceptable que afecta la independencia del Poder Judicial"[105].

En lugar de participar de la Comisión, la Corte se declaró a sí misma autoridad de aplicación en el ámbito del Poder Judicial del régimen establecido en la Ley de Ética Pública y dispuso que la Administración General de la Corte recibiría las declaraciones.

Considerando que la acordada de la Corte no cubría todos los supuestos establecidos por la Ley de Ética Pública, en el año 2005, el Consejo de la Magistratura dispuso que la Administración General del Poder Judicial se encargaría de recibir las declaraciones juradas y modificó los formularios y el régimen de presentación, así como las regulaciones relativas al acceso público y a otros procedimientos relacionados[106].

La Corte adhirió al nuevo régimen del Consejo de la Magistratura[107] y estableció un sistema para los magistrados del propio tribunal, quienes deben presentar sus declaraciones ante la Administración General de la Corte Suprema[108].

Finalmente, a fines de 2007, el Consejo derogó el régimen que había establecido en el año 2005, por considerar que aquel no cumplía adecuadamente con el principio de publicidad de las declaraciones. Asimismo, allí se estableció que las declaraciones serían recibidas y custodiadas por el propio Consejo, y no ya por la Administración General del Poder Judicial.

104 Art. 6 de la Acordada 01/00, del 9 de febrero de 2000.

105 Art. 8 de la Acordada 01/00.

106 Resolución 562/05.

107 Acordada 29/05.

108 Acordada 30/05.

Al igual que en el caso del Poder Legislativo, el régimen de declaraciones juradas en el ámbito del Poder Judicial sólo establece la recepción y custodia de la información, pero no contempla un control sistemático de la evolución patrimonial de los funcionarios.

En el ámbito del Ministerio Público, luego de la sanción de la Ley de Ética Pública, la PGN estableció que todos los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal deberían presentar una declaración jurada patrimonial anual de acuerdo con dicha ley[109]. Dicho régimen fue objeto de sucesivas modificaciones que produjeron una considerable dispersión. Finalmente, a comienzos de 2008 se estableció un nuevo sistema tendiente a generar disposiciones que tuvieran un mayor grado de correspondencia con la legislación de fondo y con la normativa vigente en el ámbito del Poder Judicial[110].

Según la nueva reglamentación, las declaraciones deben ser presentadas ante la Procuración General y son recibidas y custodiadas por la Secretaría Disciplinaria, Técnica y de Recursos Humanos. Sin embargo, la resolución expresamente establece que dicha dependencia no se encontrará facultada para "controlar o supervisar el contenido de las declaraciones juradas patrimoniales, cuya exactitud y veracidad es de exclusiva responsabilidad de los agentes obligados a presentarlas"[111]. Es decir que, al igual que en el ámbito del Poder Legislativo y del Poder Judicial, la PGN recibe y custodia la información, pero no controla su contenido, de modo tal que, al menos por el momento, se desaprovecha la posibilidad de utilizarla para generar investigaciones por hechos de corrupción.

Al igual que en el caso del Ministerio Público Fiscal, luego de que se sancionara la Ley de Ética Pública, la Defensoría General de la Nación (en adelante, DGN) estableció un régimen de presentación de declaraciones juradas patrimoniales para sus funcionarios que fue objeto de diversas modificaciones[112]. Finalmente, ante la necesidad de ordenar la normativa y de adecuarla a la legislación de fondo, a mediados de 2006 se estableció un nuevo régimen[113].

109 Resolución Per. 1045/99.

110 Resolución PGN 6/08, del 14 de febrero de 2008.

111 Art. 6 de la Resolución PGN 6/08.

112 Resoluciones DGN 436/99, 1119/99, 103/00 y 493/06.

113 Resolución DGN 1120/06, del 16 de agosto de 2006, que entró en vigor el 1 de enero de 2007.

La nueva reglamentación dispone que las declaraciones sean recibidas y custodiadas por la Dirección General de Auditoría, pero no prevé un control de su contenido.

III. 2. Publicidad de las declaraciones

La idea de establecer mecanismos de *accountability* horizontal para controlar a los funcionarios presupone que la información debe ser pública. En el caso de las declaraciones juradas, ello significa que la ciudadanía debe poder acceder a la evolución patrimonial de los funcionarios públicos.

Por otra parte, debe contemplarse la confidencialidad de los datos que puedan ser considerados "sensibles" (números de las cuentas bancarias, domicilio particular, etc.), aunque esto debe ser interpretado en un sentido limitado, indicando expresamente quiénes pueden acceder, en qué circunstancias y bajo qué procedimientos.

Al respecto, la Ley de Ética Pública establece que el listado de declaraciones juradas deberá ser publicado en el Boletín Oficial[114]. Sin embargo, dado que publicar el listado completo de cumplidores e incumplidores sería muy costoso, sólo se publica un anuncio de que los listados se encuentran disponibles en Internet.

Los listados de cumplidores e incumplidores bajo la jurisdicción de la OA, de la Secretaría Administrativa de la Cámara de Diputados y de la DGN se encuentran publicados en sus respectivas páginas de Internet[115]. En cuanto al Consejo de la Magistratura, la PGN y el Senado, hasta el momento los listados no han sido publicados.

Sin perjuicio de la publicidad de listados de funcionarios cumplidores e incumplidores, lo más relevante en términos de control por parte de la ciudadanía es la posibilidad de acceder al contenido de las declaraciones.

Al respecto, la Ley de Ética Pública establece que toda persona puede consultar y obtener copia de las declaraciones juradas presentadas, previa presentación de una solicitud escrita en la que debe indicar sus datos personales; el objeto que motiva la petición y el destino que se dará al informe, así como la declaración de que el solicitante tiene conocimiento del contenido del artículo 11 de dicha

114 Art. 10, ley 25.188.

115 *www.anticorrupción.gov.ar*, *www.diputados.gov.ar* y *www.mpd.gov.ar*, respectivamente. En el caso de los diputados, sólo se publican los listados de los funcionarios cumplidores.

ley referido al uso indebido de la declaración jurada y la sanción prevista para quien la solicite y le dé un uso ilegal[116].

El mencionado artículo 11 establece que las declaraciones juradas no pueden ser utilizadas para:

a) cualquier propósito ilegal;

b) cualquier propósito comercial, exceptuando a los medios de comunicación y noticias para la difusión al público en general;

c) determinar o establecer la clasificación crediticia de cualquier individuo; o

d) efectuar en forma directa o indirecta, una solicitud de dinero con fines políticos, benéficos o de otra índole.

La norma también establece que el uso ilegal de una declaración jurada será pasible de una sanción de multa de 500 a 10.000 pesos, y que el órgano facultado para aplicarla será exclusivamente la Comisión Nacional de Ética Pública.

Con respecto a la información confidencial, la Ley de Ética Pública dispone que determinada información tendrá carácter reservado y será entregada en un sobre cerrado y lacrado, al cual solamente podrá acceder la Comisión Nacional de Ética Pública o la autoridad judicial. Se trata de los siguientes datos: nombre del banco o entidad financiera en la que se tenga dinero depositado, números de las cuentas corrientes, cajas de ahorro, cajas de seguridad, tarjetas de crédito y extensiones[117].

Finalmente, en el ámbito de la publicidad de las declaraciones cabe destacar que el sistema debe permitir el acceso a este tipo de información por parte de otros Estados. En este sentido, el artículo 52.5 de la UNCAC recomienda a los Estados parte que consideren la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes compartan la información obtenida mediante el sistema de divulgación con las autoridades competentes de otros Estados parte cuando sea necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

En la Argentina, dado que la Ley de Ética Pública no establece disposiciones específicas para el acceso a las declaraciones juradas por parte de una autoridad extranjera, sino que refiere al acceso por parte de "toda persona", se aplican al caso las mismas disposiciones de publicidad ya referidas.

116 Art. 10, ley 25.188.

117 Art. 6, inc. e, ley 25.188.

Con respecto a la información reservada, la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal establece que ante el pedido de documentación o información oficial por parte de otro Estado, éste se podrá cumplir en la misma medida en que tal documentación o información se brindaría a una similar autoridad argentina[118]. Es decir que si un juez penal extranjero solicitara información mediante un pedido de asistencia mutua legal, podría acceder tanto a la parte pública como a la reservada a través de una autoridad judicial argentina.

Sin embargo, podría presentarse un problema para acceder a la información reservada si las investigaciones en el país extranjero estuvieran siendo llevadas a cabo por una autoridad con facultades investigativas pero no jurisdiccionales. Como se explicará en el acápite siguiente, ni siquiera respecto de las autoridades argentinas que poseen facultades investigativas resulta claro quiénes se encuentran autorizados para acceder a la parte reservada de las declaraciones.

III. 2. A. Usos y límites

Como ya se indicara, la Ley de Ética Pública establece que sólo es posible acceder al anexo reservado de las declaraciones juradas a requerimiento de la Comisión de Ética Pública o de una autoridad judicial[119].

Esta disposición plantea algunos problemas. En primer lugar, el término "autoridad judicial" ha generado una controversia con respecto a la posibilidad de que el Ministerio Público acceda a la parte reservada de las declaraciones en el marco de una investigación[120]. Por otra parte, dado que la Comisión de Ética Pública nunca fue creada y que fue sustituida en el ejercicio de sus funciones por diferentes órganos en cada poder del Estado, tanto los organismos autorizados para acceder a los anexos reservados como las condiciones y los procedimientos bajo los cuales pueden hacerlo son distintos en cada poder. Veamos.

En el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, la Resolución 1000/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación establece que las declaraciones contienen una parte pública y otra reservada. La parte pública es enviada por los funcionarios a través

118 Art. 79, ley 24.767.

119 Art. 6, inc. e, ley 25.188.

120 Esta cuestión será desarrollada en detalle en el acápite IV. 3.

de Internet a la OA y presentada en formato papel ante los respectivos ministerios, junto con el anexo reservado, también en versión papel[121]. Con respecto a los funcionarios de mayor jerarquía (un universo de entre 1.500 y 2.000 personas), toda la documentación es remitida directamente a la OA[122].

El decreto reglamentario de la Ley de Ética Pública estableció que el contenido de la declaración jurada de los funcionarios puede ser consultado en la OA, con la previa autorización del Fiscal de Control Administrativo (titular de la OA) o el funcionario de la oficina que éste designe, quien debe decidir en un plazo máximo de tres días hábiles[123].

Al respecto, la Resolución 1000/00 aclara que este procedimiento se aplica a las declaraciones de los funcionarios de alta jerarquía[124]. Las declaraciones de los demás funcionarios pueden ser consultadas en las áreas de personal, administración o recursos humanos de las respectivas jurisdicciones u organismos[125].

En cuanto a la parte reservada, el decreto reglamentario de la Ley de Ética Pública establece, al igual que lo hace la propia ley, que el acceso a dicha información será posible sólo ante requerimiento de autoridad judicial o de la Comisión Nacional de Ética Pública[126]. Sin embargo, el decreto aclara que los datos reservados pueden ser consultados por el Fiscal de Control Administrativo con autorización del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, de lo cual se debe informar al funcionario en cuestión.

Con respecto al Poder Legislativo, las declaraciones juradas de los diputados y senadores no contienen una parte pública y otra reservada.

La Cámara de Senadores cuenta con una reglamentación específica referida al acceso a las declaraciones que, ante la falta de inte-

121 Hasta que se cree efectivamente la Comisión Nacional de Ética Pública y ésta centralice la recopilación de declaraciones de todos los funcionarios públicos obligados (ver art. 23 de la Resolución 1000/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

122 Art. 5 de la Resolución 1000/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

123 Arts. 15 y 16 del Decreto 164/99.

124 Art. 16. Se trata de los funcionarios mencionados en el art. 5 de la resolución.

125 Art. 17 de la norma mencionada.

126 Art. 19 del Decreto 164/99.

gración de la Comisión Nacional de Ética Pública, dispone que le corresponde a la Secretaría Administrativa entregar copias de las declaraciones juradas a los solicitantes que cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 10 y 11 de la Ley de Ética Pública, con exclusión de la información reservada a la que se refiere el artículo 6, inciso e, de dicha norma[127]. Asimismo, el Senado ha regulado del mismo modo el acceso a las declaraciones juradas de los funcionarios que hubieran cumplido su mandato en diciembre de 2001[128].

En cuanto a la Cámara de Diputados, dado que no estableció una normativa específica que regulara el acceso a las declaraciones, la publicidad de la información patrimonial de los diputados se encontraba seriamente limitada.

Sin embargo, en el año 2006 la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –sala IV– resolvió que todas las declaraciones juradas de los diputados deben ser presentadas y que tienen carácter público[129]. Luego de un fallo de primera instancia favorable a la publicidad de las declaraciones, la Cámara de Diputados apeló la decisión argumentando que quien había iniciado la acción (Asociación por los Derechos Civiles) no tenía derecho a demandar esa información, ya que no sufría un perjuicio personalizado y concreto y no había explicado el motivo que fundamentaba la petición y el destino que se daría al informe, tal como lo exige la ley. Finalmente, la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia, por lo que en la actualidad es posible acceder a todas las declaraciones.

En el ámbito del Poder Judicial, además de negarse a integrar la Comisión Nacional de Ética Pública y de disponer que sus funciones no resultaban aplicables al Poder Judicial, mediante la Acordada 1/00, la CSJN había establecido un sistema complejo y burocrático para el acceso a las declaraciones juradas de los jueces[130].

[127] Presidencia del Senado de la Nación, Decreto Presidencial 419/02 del 8 de abril de 2002.

[128] Presidencia del Senado de la Nación, Decreto Presidencial 905/02 del 15 de agosto de 2002.

[129] Fallo "Isern Munne Pedro Pablo c/PEN Ley 25.188".

[130] Al solicitar la información, se formaba un expediente reservado, se le daba intervención al magistrado o funcionario en cuestión (quien podía expresarse con respecto de la procedencia de la petición) y, finalmente, la propia Corte resolvía acerca de la procedencia del pedido. Si se admitía la solicitud, el peticionante debía concurrir a consultar la declaración en el día y la hora que deter-

En el año 2005, el Consejo de la Magistratura modificó el régimen[131], pero estableció un sistema de acceso a la parte pública de las declaraciones igualmente complejo[132].

Con respecto a la información reservada, el nuevo régimen dispuso que la información sólo podía ser entregada a requerimiento de autoridad judicial y de las autoridades de las Comisiones de Disciplina y/o Acusación del Consejo de la Magistratura, informando de ello al magistrado o funcionario en cuestión[133].

Finalmente, mediante el nuevo sistema de declaraciones juradas, se estableció que las declaraciones que habían sido presentadas en el pasado bajo el régimen de la mencionada acordada de la CSJN tendrían carácter reservado y que para consultarlas debería seguirse el trámite que rige el acceso a los anexos reservados en el nuevo régimen.

En el marco del nuevo sistema, la Administración General del Poder Judicial solía denegar el acceso a las declaraciones cuando los magistrados o funcionarios se opusieran o no contestaran al dárseles traslado de la solicitud.

En el año 2007, a raíz de diversos pedidos de acceso a las declaraciones formulados por el diario *La Nación*, la organización Poder Ciudadano y un particular, que habían sido denegados por la Administración General del Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura resolvió poner a disposición de los solicitantes las declaraciones en cuestión, por considerar que la publicidad es la regla y que la información privada ya se encuentra protegida por el anexo reservado[134].

---

minara la Administración General de la Corte, y el magistrado o funcionario podía estar presente en el acto. Ver arts. 5 a 9 del "Reglamento sobre las declaraciones juradas patrimoniales contempladas por la Ley 25.188" (anexo de la Acordada 01/00).

131 Resolución 562/05, del 24 de noviembre de 2005.

132 Al solicitar la información, la Administración General del Poder Judicial le daba vista al funcionario por 72 horas, resolviendo luego sobre la admisión o rechazo del pedido dentro de los 3 días hábiles judiciales. La consulta podía ser rechazada mediante una decisión fundada, apelable en el plazo de 3 días ante el plenario del Consejo, que debía resolver el recurso previo traslado por 72 horas a la parte recurrida. Ver arts. 15 y 16 del "Reglamento de presentación y consulta de las declaraciones juradas patrimoniales del Poder Judicial de la Nación" (Anexo I de la Resolución 562/05).

133 Art. 12 del "Reglamento de presentación y consulta de las declaraciones juradas patrimoniales del Poder Judicial de la Nación".

134 Resolución 581/07 del 27 de septiembre de 2007.

Dos meses más tarde, el Consejo finalmente decidió derogar el régimen del año 2005 y establecer una nueva reglamentación que contemplara como regla la publicidad de las declaraciones juradas[135]. Con respecto al anexo público, el nuevo sistema suprimió todos los trámites burocráticos del régimen anterior, de modo tal que en la actualidad las solicitudes deben ser respondidas en el plazo máximo e improrrogable de diez días y, si bien se contempla la notificación del pedido al magistrado o funcionario, la consulta se resuelve sin que éste pueda responder al traslado[136].

En cuanto a la información reservada, el sistema actual prevé dos nuevas excepciones al principio de publicidad (datos personales de familiares y de deudores y acreedores)[137]. Por lo demás, la nueva regulación mantuvo la disposición de 2005 según la cual las declaraciones que habían sido presentadas en el pasado bajo el régimen que había establecido la CSJN tienen carácter reservado. Ello significa un claro retroceso, dado que bajo el régimen que había establecido la CSJN las declaraciones tenían carácter público.

Finalmente, en el área del Ministerio Público ocurre lo siguiente. El sistema del Ministerio Público Fiscal establece que las declaraciones contienen un anexo público y otro reservado, y que el listado de las declaraciones juradas debe ser publicado en el Boletín Oficial[138]. El acceso a la parte pública de las declaraciones es similar al que rigió en el ámbito del Poder Judicial bajo la Acordada 1/00 de la CSJN, pues se contemplan diversos trámites burocráticos que dificultan la publicidad de la información[139]. La información reservada sólo puede ser suministrada a requerimiento de autoridad judicial[140].

135 Resolución 734/07 del 22 de noviembre de 2007.

136 Art. 15 de la Resolución 734/07.

137 Art. 11 de la Resolución 734/07.

138 Arts. 2 y 14, respectivamente, de la Resolución PGN 6/08.

139 Al solicitar la información, se forma un expediente reservado, se le da intervención al magistrado, funcionario o empleado en cuestión (quien puede expresarse con respecto de la procedencia de la petición) y, finalmente, el Procurador General resuelve acerca de la procedencia del pedido previo dictamen de la Asesoría Jurídica. Si se admite la solicitud, el peticionante debe concurrir a consultar la declaración en el día y la hora que determine la Secretaría Disciplinaria, Técnica y de Recursos Humanos, y el magistrado, funcionario o empleado puede estar presente en el acto. Ver arts. 14 a 18 del "Régimen de declaraciones juradas patrimoniales para el Ministerio Público Fiscal de la Nación" (anexo I de la Resolución PGN 6/08).

140 Art. 2 de la Resolución PGN 6/08.

Con respecto al Ministerio Público de la Defensa, el régimen vigente establece un anexo público y otro de carácter reservado, y prevé la publicación del listado de los funcionarios obligados a declarar, hayan presentado o no sus declaraciones, tanto en el Boletín Oficial como en la página de Internet de la Defensoría[141].

El sistema de acceso a la información pública es tan complejo como el del Ministerio Público Fiscal[142], mientras que la información del anexo reservado puede ser consultada por solicitud escrita del declarante o sus sucesores, por decisión del juez competente o por requerimiento del Tribunal de Enjuiciamiento previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, circunstancia que debe ser comunicada al magistrado, funcionario o empleado en cuestión[143].

III. 3. Contenido

La UNCAC no indica cuál debe ser el contenido de las declaraciones juradas patrimoniales. Sin embargo, para un efectivo cumplimiento de la recomendación es necesario cubrir la mayor cantidad de aspectos relacionados con la situación patrimonial de los funcionarios y de sus familiares.

Al respecto, la Ley de Ética Pública establece que la declaración debe contener "una nómina detallada de todos los bienes, propios del declarante, propios de su cónyuge, los que integren la sociedad conyugal, los del conviviente, los que integren en su caso la sociedad de hecho y los de sus hijos menores, en el país o en el extranjero", y menciona una serie de ítems que deben ser especialmente detallados (bienes inmuebles y muebles, capital invertido en acciones, depósitos bancarios, créditos y deudas, ingresos laborales y de rentas, etcétera)[144].

Si bien la información requerida tiene un alcance significativo, cabe destacar que la normativa no exige expresamente la declara-

141 Art. 12 de la Resolución DGN 1120/06.

142 Al solicitar la información, se le da intervención al magistrado, funcionario o empleado en cuestión (quien puede expresarse con respecto de la procedencia de la petición en el plazo de 3 días hábiles) y, finalmente, el Defensor General resuelve acerca de la procedencia del pedido en el plazo de 3 días hábiles. Si se admite la solicitud, el peticionante debe concurrir a consultar la declaración en el día y la hora que determine la Dirección General de Auditoría, y el magistrado, funcionario o empleado puede estar presente en el acto. Ver arts. 13 y 14 del "Régimen de declaraciones juradas patrimoniales" (anexo I de la Resolución DGN 1120/06).

143 Art. 11 de la Resolución DGN 1120/06.

144 Art. 6, ley 25.188.

ción de bienes sobre los que se tengan derechos personales o reales diferentes del dominio ni la declaración de cuentas en el extranjero sobre las que tengan poderes o derechos diferentes de la titularidad.

III. 4. Sanciones por incumplimiento[145]

La Ley de Ética Pública establece que quienes no presenten sus declaraciones juradas en el plazo correspondiente serán intimados en forma fehaciente por la autoridad responsable de la recepción para que lo hagan en un plazo de quince días. Igual disposición se aplica a quienes deben presentar una declaración jurada al egresar de la función pública, en cuyo caso la persona no podrá ejercer de nuevo una función pública si luego del plazo no cumple con la presentación[146].

Dado que cada poder del Estado ha regulado su propio sistema de declaraciones juradas, el procedimiento sancionatorio difiere en cada caso.

El régimen vigente en el ámbito del Poder Ejecutivo establece que cuando la OA determina que se requiere información adicional a la que ha sido presentada en una declaración o que ésta contiene errores u omisiones, se le solicita al funcionario que en un plazo de diez días proporcione dicha información o presente una nueva declaración, respectivamente, bajo apercibimiento de considerarlo una falta grave[147].

En cuanto al Poder Legislativo, ni el régimen establecido conjuntamente entre los presidentes de ambas Cámaras del Congreso, ni las disposiciones específicas emitidas en el ámbito del Senado prevén un sistema de sanciones disciplinarias por incumplimiento del deber de presentar las declaraciones.

Con respecto al Poder Judicial, la Presidencia del Consejo de la Magistratura realiza las intimaciones establecidas en la Ley de Ética Pública. En caso de que el funcionario persista en su incumplimiento, el responsable de efectuar la intimación debe poner en conocimiento de dicha situación a la Comisión de Disciplina y Acusación

[145] Además de las sanciones disciplinarias a las que se hará referencia a continuación, Argentina ha tipificado como delito la omisión maliciosa de presentar la declaración jurada, así como los casos en que maliciosamente se falsean u omiten los datos que deben contener las declaraciones (art. 268.3, CP).

[146] Arts. 8 y 9, ley 25.188.

[147] Arts. 10 y 11 de la Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 1000/00.

del Consejo (si se trata de un magistrado) o a las autoridades que tengan facultades disciplinarias (si se trata de otros funcionarios obligados). Si el funcionario ha cesado en su cargo, se aplican las disposiciones de la Ley de Ética Pública ya referidas[148].

El sistema del Ministerio Público Fiscal establece que quienes no presenten sus declaraciones serán intimados a hacerlo en el plazo de quince días por la autoridad de aplicación, considerando al incumplimiento de la intimación como una falta grave. Asimismo, ante el incumplimiento por parte de un funcionario que cese en el cargo, al momento de su egreso se le retiene la liquidación final de haberes, vacaciones adeudadas y cualquier otro concepto pendiente[149].

Con respecto al Ministerio Público de la Defensa, ante la falta de presentación la autoridad de aplicación intima al funcionario a cumplir en el plazo de quince días hábiles y, si persiste en su incumplimiento, se comunica de ello al Defensor General para que instruya el sumario correspondiente (la falta de presentación de la declaración es considerada falta grave). Asimismo, se prevé la retención de haberes ante el incumplimiento por parte de un funcionario que cesa en su cargo[150]. Por otra parte, si ante una consulta del anexo público de una declaración se detectan errores materiales o campos sin completar, el peticionante puede solicitar que la autoridad de aplicación le requiera al declarante que salve los errores en un plazo de diez días hábiles. Si la omisión subsiste o la rectificación es insatisfactoria, la autoridad de aplicación debe remitir las actuaciones al Defensor General para que instrumente las medidas disciplinarias correspondientes[151].

IV. Intercambio de información financiera

El artículo 14 de la UNCAC establece que cada Estado parte:

Párrafo 1.b

"Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea perti-

148 Arts. 6, 7 y 8 de la Resolución del Consejo de la Magistratura 734/07.

149 Arts. 9 y 10 de la Resolución N° PGN 6/08.

150 Art. 10 de la Resolución DGN N° 1120/06.

151 Art. 15 de la Resolución DGN N° 1120/06.

nente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero".

La decisión sobre cómo implementar este sistema requiere analizar los estándares de los derechos de privacidad y confidencialidad implicados en el intercambio de información financiera en la Argentina (secreto bancario) y su grado de compatibilidad con el hecho de que los Estados parte deben establecer un sistema en el cual las autoridades dedicadas a combatir el lavado de activos tengan la capacidad de intercambiar la información que proveen los sujetos obligados y otras autoridades.

Por otra parte, dado que el sistema impositivo argentino se basa en la autodeterminación del impuesto y en el cumplimiento voluntario, cuyo éxito depende en gran medida de la protección de la información impositiva (secreto fiscal), es necesario establecer pautas claras que permitan asegurar una cadena de confidencialidad entre las autoridades que comparten la información y limitar sus usos permitidos.

Finalmente, resulta imprescindible establecer un sistema que vincule positivamente la información proveniente de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos con las investigaciones por delitos relacionados con la corrupción.

IV. 1. Secreto bancario

Los datos personales se encuentran protegidos por la Constitución Nacional[152] y por la Ley de Hábeas Data[153].

En cuanto a la información financiera, el principio general que regula el secreto de las entidades comprendidas en la Ley de Entidades Financieras[154] es que éstas no pueden revelar las operaciones pasivas que realizan, excepto que los informes sean requeridos por:

a) Un juez en una causa judicial.

b) El BCRA en ejercicio de sus funciones.

c) Los organismos recaudadores de impuestos, siempre que se

[152] Art. 43.

[153] Ley 25.326 (promulgada el 30 de octubre de 2000).

[154] Ley 21.526, art. 39.

refieran a un responsable determinado que haya sido previa y formalmente requerido respecto de una verificación impositiva en curso.

d) Las propias entidades previa autorización del BCRA.

Además, la ley establece que el personal de las entidades y del BCRA debe guardar absoluta reserva de la información que llegue a su conocimiento, y que la información que reciba o recoja el BCRA vinculada a operaciones pasivas tiene carácter estrictamente confidencial.

Con respecto a la oposición del secreto bancario frente a la UIF, inicialmente la Ley de Lavado de Activos establecía que si los organismos públicos y las personas físicas o jurídicas a quienes la UIF les solicitara información oponían disposiciones de secreto, la UIF podría requerir autorización al juez competente[155]. En cuanto a los sujetos obligados, la ley disponía que éstos no podían invocar disposiciones legales referentes al secreto bancario, fiscal o profesional, ni los compromisos de confidencialidad establecidos por la ley o por contrato cuando el requerimiento de información fuera formulado por un juez competente[156]. Al respecto, el decreto reglamentario de la ley dispuso que cuando alguno de los sujetos obligados (excepto los registros públicos) invocara disposiciones de secreto o confidencialidad ante un requerimiento de la UIF, debería requerirse la intervención del juez competente[157]. El decreto fue derogado en el año 2007 mediante un nuevo decreto reglamentario que no contiene disposiciones sobre el secreto[158].

La ley fue modificada en el año 2006[159], estableciendo una sola disposición sobre el secreto referida únicamente a los sujetos obligados, quienes en el marco de análisis de un ROS no pueden oponer a la UIF los secretos bancario, bursátil[160] o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad[161].

155 Art. 14, inc. 1, párr. 2, ley 25.246.

156 Art. 14, último párr., ley 25.246.

157 Decreto 169/01

158 Decreto 290/07.

159 Por ley 26.087.

160 La información que recoge la CNV sólo puede ser requerida por los jueces en procesos penales por delitos directamente vinculados con los hechos que se investiguen (art. 8, ley 17.811).

161 Art. 14, inc. 1, ley 25.246.

Por otra parte, los funcionarios y empleados de la UIF deben guardar secreto de las informaciones que reciben y de las tareas de inteligencia que realizan (al igual que los sujetos obligados). Revelar las informaciones secretas fuera del ámbito de la UIF constituye un delito sancionado con prisión de seis meses a tres años[162].

IV. 2. Secreto fiscal

Dado que el sistema impositivo argentino se basa en la autodeterminación del impuesto y en el cumplimiento voluntario, la legislación argentina establece el secreto de la información fiscal, que sólo es admisible como prueba en los procesos penales cuando se encuentra directamente relacionada con los hechos que se investigan[163].

La Ley de Lavado de Activos inicialmente no contenía ninguna disposición referida al secreto fiscal. En el año 2003, la Procuración del Tesoro de la Nación emitió un dictamen indicando que el deber de información de la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, AFIP) a la UIF se circunscribía a los casos de hechos y operaciones sospechosas en los que cede el secreto, pero que en los demás casos se requiere de una orden judicial[164].

Dicho criterio fue finalmente recogido, aun con mayor rigidez, al modificarse la ley en 2006, disponiendo que la AFIP sólo levantará el secreto fiscal en relación con el análisis de ROS originados por la propia AFIP, y con relación a las personas involucradas directamente en la operación reportada. En los demás casos, la UIF debe requerir el levantamiento del secreto fiscal al juez competente, quien debe decidir en un plazo máximo de 30 días[165].

La UIF ha mantenido reuniones con la AFIP en las cuales se ha acordado el acceso a través de Internet a la información que la AFIP remite en versión papel en el marco de un ROS. Ello ha sido implementado a partir de junio de 2006 y, según la UIF, ha representado un claro avance en la relación entre ambos organismos[166].

[162] Art. 22, ley 25.246.

[163] Art. 101 de la Ley de Procedimiento Fiscal 11.683.

[164] Dictamen del 13 de marzo de 2003, disponible en *www.ptn.gov.ar* (20/4/2008).

[165] Art. 14, inc. 1, párr. 3, ley 25.246, modificado por ley 26.087.

[166] Informe de Gestión 2006 de la UIF, p. 28, disponible en *www.uif.gov.ar* (20/4/2008).

La AFIP también tiene un criterio restrictivo con respecto a la información solicitada por el Ministerio Público Fiscal, en cuyo caso exige que medie una orden de un juez competente o que lo requiera el propio fiscal cuando tenga a su cargo la dirección de la investigación[167] o cuando la propia AFIP haya formulado la denuncia[168].

Ello ha generado un serio cuestionamiento por parte del titular de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (en adelante, FIA), que ha sido plasmado en un expediente interno tramitado dentro de la PGN que fue remitido al titular de la AFIP[169]. En dicho expediente, la Secretaría de Coordinación Institucional de la PGN señala que "la Instrucción General 08/06 (…) trae consecuencias devastadoras desde el punto de vista de las tareas que el Ministerio Público Fiscal está convocado a cumplir (…) pues desarticula una de las herramientas más importantes que poseen los fiscales en la etapa previa a la iniciación de una causa penal. Para la detección e investigación eficaz de delitos económicos es imprescindible reunir y analizar información relativa al giro patrimonial de ciertos grupos o agentes económicos (…) dado que el fiscal no tiene suficiente información para avalar la presunta comisión de un delito, no podría presentar válidamente el caso ante un juez; dado que no presenta el caso ante un juez no tiene acceso a la información".

El problema es evidente: para que la AFIP le permita a la FIA acceder a la información impositiva se requiere la orden de un juez, pero en muchas ocasiones, la FIA no puede reunir los elementos suficientes para presentar el caso ante un juez si no cuenta con la información de la AFIP.

Al respecto, la Secretaría de Coordinación Institucional de la PGN entendió que la orden de un juez no es necesaria para que la FIA pueda acceder a la información en cuestión, dado que "la solicitud de informes (…) se encuentra dentro de las atribuciones específicas que la ley 24.946 [Ley Orgánica del Ministerio Público] otorga a los fiscales para el cumplimiento de su tarea (la persecución de delitos)"[170].

La respuesta de la AFIP al informe elaborado por la PGN fue que la instrucción cuestionada "es fiel reflejo de la interpretación del

[167] Arts. 180, párr. 2 y 196, párr. 1, CPP Nación.

[168] Instrucción General AFIP 8/06, modificada por IG 12/06.

[169] Expediente interno de la PGN O.5523/06.

[170] El art. 26, ley 24.946 faculta a los fiscales a "requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales".

artículo 101 de la ley 11.683 que se subordina al espíritu que informa a la citada norma legal, que no es otro que el de otorgar seguridad jurídica como medio decisivo establecido para facilitar la adecuada percepción de la renta pública. De tal modo se asegura que las declaraciones, manifestaciones e informes presentados ante la Dirección General Impositiva no puedan ser usados, como armas, contra el contribuyente que los formuló".

Dada la posición de la AFIP –similar en varias jurisdicciones latinoamericanas y europeas[171]– probablemente se requiera una modificación legal del artículo 26 de la ley 24.946, del tenor del que se encuentra a estudio de la Procuración General de la Nación, según el cual en el marco de la investigación de un delito de carácter económico los sujetos obligados según la Ley de Lavado de Activos[172], entre los que se encuentra la AFIP, no podrán oponer al Ministerio Público Fiscal los secretos bancarios, bursátil, profesional, fiscal ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad.

IV. 3. Reserva de las declaraciones juradas patrimoniales

Si bien la OA ha logrado utilizar la información que produce el sistema de declaraciones juradas para generar investigaciones por delitos vinculados a la corrupción (básicamente, por enriquecimiento ilícito), los organismos responsables de recibir las declaraciones de los funcionarios públicos de los demás poderes del Estado aún no han establecido controles sistemáticos que permitan iniciar investigaciones penales.

Es significativo que casi todos los sistemas de recepción y custodia de las declaraciones cuentan con mecanismos cada vez más efectivos de acceso a la parte pública de las declaraciones y que, en muchos casos, la información de cumplidores e incumplidores se publica incluso en Internet.

Sin embargo, como ya se indicara, la Ley de Ética Pública plantea un problema con respecto al acceso del Ministerio Público a la parte reservada de las declaraciones[173]. En este sentido, la Cámara

171 Ver al respecto, OCDE, "Access for Tax Authorities to Information Gathered by Anti-Money Laundering Authorities. Country Practices", 2002, disponible en *www.oecd.org/dataoecd/16/5/2389989.pdf (*20/4/2008).

172 Art. 20, ley 25.246.

173 Art. 6, inc. e, ley 25.188.

Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal –sala I– ha interpretado restrictivamente la ley, resolviendo que cuando ella refiere a la "autoridad judicial" se entiende que resulta imprescindible la existencia de una causa judicial[174]. Al recurrir dicha decisión, la FIA sostuvo que el término "autoridad judicial" incluye al Ministerio Público Fiscal y que no permitir que organismos y autoridades que tienen facultades de investigación accedan a la parte reservada es contrario a la finalidad que persigue la Ley de Ética Pública[175].

Es de esperar que, con el tiempo, los sistemas de prevención y represión continúen desarrollándose y generen vínculos más eficientes en la lucha contra la corrupción. En el área de prevención, se debería fortalecer el intercambio de información entre las agencias que identifican a los funcionarios públicos que deben presentar declaraciones juradas patrimoniales (OA, Consejo de la Magistratura, Secretarías Administrativas del Congreso, PGN y DGN) y las agencias que determinan los listados de PEP que deben utilizar las entidades financieras para adoptar medidas intensificadas de escrutinio (UIF y BCRA). Asimismo, debería generarse un mayor grado de complementación entre la información que genera el sistema preventivo (a través del sistema de declaraciones juradas patrimoniales y del sistema de ROS) y la actuación de los órganos de persecución penal.

174 Causa "Paradiso, Angel M., s/nulidad" en autos Nº 39.562, Resolución del 16 de mayo de 2007.

175 Recurso de casación presentado por la FIA con respecto al fallo "Paradiso, Angel M., s/nulidad" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I. El recurso aún se encuentra pendiente de resolución.

Capítulo 12

El decomiso del producto del delito en la Argentina

Diego Freedman

I. Introducción

En la Argentina, el decomiso es un instituto arraigado en la legislación penal, considerado como una sanción accesoria[1] que, además, no ha tenido mayor relevancia en la política criminal. Tradicionalmente, el decomiso se dirigía exclusivamente contra los instrumentos y los efectos del delito. Sin embargo, en el año 2003 el Congreso reformó el artículo 23 del Código Penal, introduciendo el decomiso del "producto o provecho del delito".

Más allá de algunos casos aislados, el decomiso del producto del delito no parece haber producido aún un cambio en la forma de procesar las investigaciones penales, en el sentido de que continúan orientadas exclusivamente a la condena y no complementan este objetivo con el decomiso de las ganancias ilícitas. Particularmente en el campo de la corrupción, las estadísticas son extremadamente bajas.

A continuación analizaremos el régimen legal vigente en Argentina, con miras a su utilización para recuperar activos de la corrupción.

1 "El carácter de pena accesoria del comiso determina que tal como se establece en el art. 23 del CP la condena que impone cualquier pena principal 'importe' la pérdida de los instrumentos del delito sin necesidad de imposición expresa en la sentencia", voto de Rosenstock y Mosca, "V., M. A.-B., M. L. s/Hurto", C. 3ª Crim. y Corr. La Plata, sala 1ª, 30/4/1985, Buenos Aires, B400209.

El decomiso es una consecuencia accesoria de la pena, "Gi Du Hyeong", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 15/07/1997, *La Ley,* 1998-A, 380-DJ 1998-1, p. 1021.

Existe consenso en considerar que la naturaleza jurídica de este instituto es la de una pena accesoria, "María Julia Alsogaray", Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, 31/5/2004.

En la doctrina, se ha considerado que "El decomiso es una pena accesoria (…) porque tiene lugar siempre que haya condena", Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 943.

Al respecto señalan Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray que "la sentencia condenatoria debe, aunque no aparezca expresamente dispuesto en el art. 403, párr. 1º, disponer el decomiso, por su carácter de pena accesoria", *Código Procesal Penal de la Nación*, t. II, Pensamiento Jurídico, 1997, p. 298, en el voto de Mitchell, "García, Marcelo", C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 23/8/2002.

II. Concepto de decomiso

El decomiso es una medida adoptada por la autoridad estatal que priva un bien con carácter definitivo. A diferencia de la expropiación, esta medida es aplicada sin que el afectado tenga derecho a percibir un resarcimiento.

En relación con el concepto de bien, puede dársele un sentido amplio, como lo hacen las normas internacionales (incluso la UNCAC), comprendiendo tanto a los bienes materiales como a los inmateriales, a los muebles como a los inmuebles[2].

Finalmente, queremos remarcar que esta medida puede ser adoptada por cualquier autoridad estatal, no siendo estrictamente necesario que la dicte un órgano perteneciente al Poder Judicial. No podemos obviar que hay decomisos que son ordenados por autoridades administrativas como la Aduana[3].

III. Objeto del decomiso

En primer lugar, resulta necesario analizar cuál es el objeto del decomiso según la regulación local. El artículo 23 del Código Penal dispone que el decomiso procede tanto contra "las cosas que han servido para cometer el hecho", como contra "las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito". En consecuencia, la norma refiere en primer lugar a los instrumentos y luego al producto del delito[4]. Además, se trata de un decomiso objetivo, que persigue determinados bienes y no su valor.

2 Al respecto, se ha sostenido que "Partiendo entonces de la definición de patrimonio que contempla el art. 2312 del Código Civil, como 'el conjunto de bienes de una persona', resulta irrelevante que esta pena accesoria se lleve adelante sobre dinero, bienes inmuebles o muebles (cosas en la terminología del art. 2311 del CC) o incluso objetos inmateriales susceptibles de valor", "María Julia Alsogaray", Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, 31/5/2004.

En forma complementaria, la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA establece en su art. I que por bienes debe entenderse a "los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos".

3 En los casos de delitos, tras la verificación del hecho en sede judicial, la Aduana realiza un procedimiento administrativo en donde se dispone el decomiso, que ha sido considerado una sanción accesoria. En cambio, en el caso de las infracciones aduaneras, la Aduana realiza el procedimiento para verificar el hecho y aplicar el decomiso. Téngase en cuenta que el decomiso en el ámbito aduanero generalmente recae sobre la mercadería y el vehículo.

4 En el mismo sentido ver art. 31, inc. 1.a y b, UNCAC.

Téngase presente que hemos dejado de lado el análisis del decomiso de los instrumentos del delito para centrarnos en el estudio del decomiso del producto, ya que este último puede ser utilizado en el marco de una política de recuperación de activos.

III. 1. El concepto de producto del delito

Cuando el decomiso se dirige contra el producto del delito, se pretende abarcar los bienes y ganancias obtenidos por la actividad delictiva y el objeto del delito[5].

La legislación argentina no prevé la posibilidad de que el decomiso proceda contra el valor del producto cuando éste no pueda ser rastreado o individualizado[6]. En consecuencia, pese a que la medida puede dirigirse contra bienes que no derivan directamente del delito, será necesario reconstruir la ruta del dinero para que el decomiso proceda contra esos bienes; no siendo posible actuar sobre cualquier bien por el valor correspondiente al objeto de la medida de decomiso[7].

5 "Se refiere al producto del delito o al dinero, cosa u objeto obtenido por el hecho punible, denominados clásicamente como los *producta sceleris*", "María Julia Alsogaray", Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, 31/5/2004.

"El automotor secuestrado en la causa, cuya descripción obra en el punto I) de los 'Resultandos', constituye el 'objeto o cosa proveniente del delito' del supuesto delito de Encubrimiento por supuesta Receptación de objetos provenientes de un supuesto ilícito de Robo", "Weihmuller, Lisandro", Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, 24/5/2005.

6 Por el contrario, el art. 3 de la ley colombiana que regula la extinción del dominio (ley 793/2002) ha establecido que "Cuando no resultare posible ubicar, o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia, podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular".

Cabe destacar que la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, en el caso "Olivera, Enrique s/nulidad", consideró que los "efectos del delito son cualquier mercancía (legal o ilegal en cuanto a su tenencia y circulación) obtenida mediante el injusto, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o de cambio), o sea, que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiere mercancía u otro valor, o sea que se trata de efectos provenientes de un delito sin distinguir que sean efectos inmediatos o mediatos del ilícito", 16 de septiembre de 2002.

7 En relación con la necesidad de acreditar que los bienes sean el producto del delito, se ha dicho que "Toda vez que procede devolver el dinero cuando no constituye un beneficio económico derivado de la acción delictiva (CNCP, sala IV, J.P.B.A. 117-90-224 y C.C.C.F., La Ley, 2001-A, 573 y DJ, 2001-1-533), el Ministerio Público no sufre perjuicio alguno y por ello no existe, a su respecto,

Debe advertirse que en los casos de enriquecimiento ilícito no se alega un hecho circunstanciado, ni se individualizan los bienes adquiridos. Por lo tanto, una vez establecido el monto del enriquecimiento injustificado por el funcionario procede el decomiso por

gravamen de imposible reparación", "Moreno, María", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, 12/5/2003.

"En el caso, corresponde tener particularmente presente el exiguo monto de dinero cuya restitución se pretende (trescientos cuarenta y cinco pesos, de los cuales ciento setenta y seis eran bonos provinciales y nacionales, ciento cuatro pesos eran en efectivo, sesenta y cinco pesos en monedas), y que su vinculación con el delito por el que se condenara a González aparece cuando menos de dudosa comprobabilidad. En efecto, somos de la opinión que la suma señalada –secuestrada en el allanamiento que se practicara en el domicilio del encartado– no excede lo que usualmente tiene una familia en su vivienda, para hacer frente a las necesidades cotidianas. De allí que vincular –sin que medie elemento de prueba alguno, que claramente determine a concluir en ese sentido– la referida suma de dinero a la actividad ilícita que ejercía el nombrado se nos presenta como un aserto que adolece de suficiente sustento. Distinta sería la solución si la suma de que se trate hubiera sido de un monto que excediera los parámetros que razonablemente podría tener el acusado según su situación económica, ya que en tal supuesto (ajeno al que se presenta en autos) la tenencia de montos importantes de dinero, sumada a la comprobada actividad ilícita vinculada con un delito de neto corte patrimonial (en punto al objetivo último que persiguen los narcotraficantes), permitiría conjeturar, presumir o sustentar –según el caso– la vinculación entre el delito y el dinero. De la misma forma, si mediare un elemento de juicio que indubitablemente permitiera establecer tal relación, resultaría procedente el comiso del dinero, aún cuando fuere un monto ínfimo. Sin embargo, como ya se dijo, en el caso de autos nada de ello ocurre, por lo que el comiso dispuesto resulta improcedente", "González, Edgar G. y otros s/rec. de casación", Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, 24/5/2006.

"En esto es así, por cuanto el Tribunal se limitó a sostener la vigencia del carácter imperativo del art. 30 de la ley 23.737 sobre la facultad que le confiere el art. 23 del CP, para proceder al decomiso. A su vez, si bien explicitó cuál era el alcance que debe asignársele al término 'decomiso' y cómo presenta 'su relación' con el delito atribuido –expresando que los elementos secuestrados se encontraban vinculados con el delito por el cuál se condenó a González pues su dinero se hallaba arriba de una mesa de luz del dormitorio del mencionado– no argumentó, en concreto, sobre el nexo causal que existió entre ambos. De este modo, la cuestión es sustancialmente análoga a la resuelta por esta Sala en la causa n° 5991 'Márquez, Graciela Magdalena s/recurso de casación', rta. el 20/10/2005, registro n° 888/2005 dado que en la sentencia condenatoria oportunamente dictada contra el recurrente, no se ha comprobado ni el tribunal ha demostrado, la vinculación que existe entre el dinero secuestrado y el delito por el cual fuera condenado, razón por la cual corresponde lisa y llanamente la devolución al nombrado del dinero secuestrado", voto de Ledesma, "González, Edgar G. y otros s/rec. de casación", Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, 24/5/2006.

ese valor independientemente de que los bienes decomisados tengan un origen ilegal[8].

Una excepción es el régimen penal aduanero, que ante la imposibilidad de decomisar los objetos aplica una multa por su valor, lo

[8] "La controversia acerca del objeto sobre el cual debe recaer el decomiso –a la que hiciéramos referencia al comienzo de este punto– no adquiere relevancia en el presente caso, en virtud de que el efecto de este delito, tal como lo definiéramos, resulta ser en definitiva el incremento patrimonial comprobado y no justificado", "María Julia Alsogaray", Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, 31/5/2004.

"Ahora bien, recordemos que la conducta típica contenida en el art. 268 (2) del Código Penal, como se dijo, se configura mediante el enriquecimiento apreciable e injustificado por parte del funcionario o empleado público durante la vigencia de la relación funcional o laboral; por lo que, en relación al caso juzgado, esa fracción del patrimonio de Alsogaray, en el caso el dinero ingresado al mismo de ese modo, en tanto constitutivas de ese incremento patrimonial apreciable e injustificado, resultan claramente abarcadas por el art. 23 del Código de fondo en tanto constituyeron –a la luz de las consideraciones efectuadas– el resultado del delito por el que resultó condenada. Y, en tal sentido, su decomiso fue ordenado de conformidad con dicha disposición.

En orden a todo lo dicho, exigir la prueba de que ese dinero producto del enriquecimiento apreciable e injustificado de la funcionaria pública haya resultado, además, el producto o efecto de otro delito, como lo pretende la defensa, implicaría agregar requisitos que no son contenidos por la ley penal, tanto respecto de la procedencia del decomiso como de la configuración del tipo penal mismo que no requiere –ni siquiera– un hecho circunstanciado como causa fuente de la adquisición de bienes", voto de Hornos, "Alsogaray, María J.", Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 9/6/2005.

"Para un tipo penal que castiga un enriquecimiento patrimonial que no encuentra justificación en los ingresos registrados de un funcionario público, el monto dinerario que constituye ese incremento es el resultado obtenido mediante el injusto (tal la definición de Zaffaroni de los efectos del art. 23 del Código Penal), y ninguna relación debe conjeturarse respecto de su hipotético origen, máxime desde que la sala está descartando expresamente el carácter residual que se le asigna a ese ilícito", voto de Berraz de Vidal, "Alsogaray, María J.", Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 9/6/2005.

En contra, "la diferencia es sutil pero a poco que reparemos que en ningún momento se investigó cuál era el origen real de los bienes no justificados, ni mucho menos aún se determinó la ilicitud de ese origen, mal podemos decir que ellos provienen de un delito. En ninguno de los dos supuestos que, por unanimidad, tuvimos por no justificados dijimos que esas sumas provenían de algún delito, y por ello es que sostengo que no pueden ser decomisadas, más allá, o más acá, de que tomemos al ilícito en cuestión como delito de omisión –no justificar–, o de acción –enriquecerse–.

Sabido es que la inconsecuencia del legislador no se presume. Entonces, si el delito de enriquecimiento ilícito es susceptible de decomiso (art. 23, CP), como sostiene el voto de la mayoría, cómo se explica que la ley 25.188, modifi-

cual puede ser asimilado a un decomiso basado en el valor[9]. Se ha reconocido expresamente que la multa es sustitutiva del decomiso, no pudiendo aplicarse en forma conjunta por el mismo hecho[10]. Los criterios para determinar una multa –la gravedad del hecho, la con-

---

catoria del código de fondo, establezca en el nuevo art. 23 el decomiso de '… las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito', y por el nuevo art. 268 (2) que la misma ley contempla, fije como pena conjunta con la de prisión una multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento? Que sentido tiene la multa del nuevo art. 268 (2) si con el decomiso del art. 23 era suficiente?

Con el criterio que disiento pareciera que quien sea condenado por el delito que nos ocupa bajo la nueva normativa indicada debería sufrir el decomiso de '… las ganancias que son el producto o el provecho del delito' y, además, una multa del cincuenta por ciento al cien por ciento del valor del enriquecimiento, es decir una doble sanción por el mismo hecho.

Lo cierto es que, a mi juicio, el delito de enriquecimiento ilícito no admite el decomiso del art. 23 del código sustantivo, ya sea con la antigua legislación o con la actual", minoría, "María Julia Alsogaray", Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4, 31/5/2004.

9 Al respecto se dijo: "El art. 172 de la ley de Aduana (ADLA, 1920-1940; 148; XXII-A, 373), establece que ante la imposibilidad de aprehender la mercadería, la pena de comiso será reemplazada por una multa igual al valor de la mercadería, principio también sentado por el art. 179, que no admite, como principio general la no redención del comiso cuando fueren de aplicación, entre otros, el art. 172, que dispone ante la mencionada imposibilidad, a manera de excepción, que dicha pena-comiso se sustituya por una multa igual al valor", "Kerszberg, S. A. c. Gobierno Nacional –A. N. A.–", *La Ley* 1986-E, 637-DJ 1987-1, p. 698.

El art. 876 del Código Aduanero (ley 22.415 de 1981) prevé que "en los supuestos previstos en los arts. 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicarán las siguientes sanciones: el comiso de la mercadería objeto del delito, cuando el titular o quien tuviere al disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiere aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria".

En materia de infracciones se ha previsto en el art. 922: "Cuando se tratare de comiso y el titular o quien tuviere al disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiera aprehenderse, dicha pena se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza. Cuando la mercadería no se encontrare en un ámbito sometido a la soberanía de la Nación Argentina se considerara que la mercadería no puede aprehenderse".

10 "Lo que viene en apelación es la determinación de la autoridad aduanera de imponer pena de multa de cuatro veces el valor de la mercadería y otro tanto en sustitución del decomiso de esa misma mercadería a quien resultó condenado por el delito de encubrimiento de contrabando. El agravio que se invoca es que se estaría castigando dos veces el mismo hecho puesto que, anteriormen-

ducta del autor, y otros criterios asociados a la culpabilidad– son diferentes de los utilizados para determinar el decomiso del producto del delito –origen ilícito de los bienes–.

IV. Ámbito de aplicación

El artículo 23 resulta aplicable a todos los delitos previstos en el Código Penal y en las leyes penales especiales[11]. De todos modos, pueden preverse disposiciones particulares para algunos delitos, como es el caso del narcotráfico[12].

---

te, el condenado había pagado voluntariamente una multa de una vez el valor de la mercadería y había hecho abandono de ella a favor del servicio aduanero. Entiendo que le asiste razón en el agravio. Del legajo surge que, antes de dictar la resolución apelada, la autoridad aduanera invitó al apelante a pagar voluntariamente la multa de una vez el valor y abandonar a su favor la mercadería, cosa que éste hizo. Según se dice expresamente en la resolución eso era la sanción impuesta por la tenencia injustificada de la mercadería, hecho que castiga como simple infracción la ley aduanera y que sería, a su entender, un hecho independiente de la adquisición de esa misma mercadería en condiciones sospechosas, hecho este último que está castigado como delito en la misma ley. El caso, a mi entender, se encuentra expresamente contemplado en la norma que establece que cuando un mismo hecho configura simultáneamente infracción y delito se aplican las penas de este último. No hay dudas de que la tenencia que ejerce quien efectúe una adquisición ilegítima y la adquisición misma son un único hecho a los fines de su sanción. Entiendo, en consecuencia, que la pretensión del apelante, de que se le dé por cumplida la pena de decomiso y se le descuente de la multa a imponer el importe voluntariamente pagado, debe ser admitida", "Rodríguez, Raúl A.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A, 13/10/1995.

11 Téngase en cuenta que el art. 4 del Código Penal establece que "Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario". Se ha considerado que "Con la aplicación de lo dispuesto por el art. 23 del Código Penal a las infracciones legisladas en la ley 19.359, no se trata de agravar las sanciones en ésta establecidas con una pena accesoria, en virtud de razonamientos analógicos para cubrir un vacío legal, sino de remitirse a una norma general cuyas previsiones se extienden a todas las figuras represivas contempladas por leyes especiales", "Tomin S.A.I.C.F.I./liq. y otros", Corte Suprema, 1977, Fallos 299:167.

"De manera que el decomiso es una consecuencia accesoria a una pena principal, que constituye un efecto de la sentencia condenatoria cuando se configuran aquellas condiciones legalmente previstas y que, por encontrarse dispuesta en la parte general del Código Penal, resulta aplicable a todos los delitos previstos en dicho cuerpo normativo y en las leyes especiales –a menos que en éstas dispongan lo contrario– (art. 4, CP)", voto de Hornos, "Alsogaray, María J.", Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 9/6/2005.

12 Ver el art. 30 de la ley 23.737.

V. Competencia normativa

La Argentina es una país federal, en el que el derecho penal es dictado por el Congreso de la Nación, mientras que las normas procesales quedan a cargo de las legislaturas provinciales, salvo para los delitos federales, como puede ser un hecho de corrupción de un funcionario público nacional. Ahora, la problemática es determinar quién debe regular el decomiso.

Hasta el momento, los aspectos sustanciales del decomiso fueron regulados en el Código Penal. Sin embargo, el procedimiento y la disposición de los bienes decomisados quedan a cargo de los órganos legislativos provinciales. En consecuencia, cuando un delito de corrupción sea cometido por un funcionario público provincial, el procedimiento de decomiso debe ser regulado por las normas locales.

VI. Sujeto beneficiario

El decomiso, como lo definimos previamente, implica el traspaso de un bien de una persona al Estado. Sobre este punto, se establece expresamente en el Código Penal que la medida va a beneficiar al Estado Nacional, a las provincias y a los municipios.

VII. Sujeto pasivo

En principio, según la redacción del artículo 23 del Código Penal, parecería que la medida se destina sólo contra los responsables de la conducta delictiva –autor y partícipes–, ya que el primer párrafo excluye de la medida a los terceros. Sin embargo, los subsiguientes párrafos permiten la afectación de bienes en poder de otras personas.

Se establece expresamente que procede el decomiso del producto contra las personas que han adquirido el producto de una actividad ilícita a título gratuito, sin diferenciar si fue por un acto entre vivos o *mortis causae*. Esto se sustenta en el principio civil del *nemo plus iuris*[13], por el cual el adquirente no puede adquirir un derecho más extenso que el tradente. La procedencia de la medida contra los adquirentes es admisible porque se considera que actúan como testaferros del autor del delito, a menos que prueben lo contrario. De

[13] El art. 3270 del Código Civil establece: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere".

este modo se trata de impedir que se utilicen abusivamente las figuras jurídicas para evitar la aplicación de la medida de decomiso.

No se prevé expresamente que la medida sea procedente contra terceros adquirentes a título oneroso de mala fe, de modo que para proceder contra estos sujetos deberá utilizarse la figura penal del encubrimiento[14], debiendo iniciar una acción penal independiente para decomisar y acreditar el dolo del sujeto imputado. Debe aclararse que por respeto de las normas civiles (art. 1051, Código Civil)[15] y del artículo 23 del Código Penal, no podrá procederse contra el tercero de buena fe que adquirió el bien a título oneroso.

La medida de decomiso afecta también al mandante o a la persona jurídica que haya sido beneficiada por el delito, exigiéndose que el autor o el partícipe haya actuado como mandatario, órgano, miembro o administrador. De este modo, siguiendo la normativa internacional[16], se afecta a la persona jurídica por las acciones de sus representantes. En el caso del mandante, se da un supuesto de responsabilidad por el hecho del otro, lo que ya está previsto en materia civil[17]. En estos supuestos sólo habría que acreditar la relación jurídica o real existente entre el mandatario o el representante y el mandante o la persona jurídica, que el bien sea producto de un hecho delictivo y que se hubiera integrado al patrimonio del mandante o de la persona jurídica. En otros países, este supuesto se conoce como "decomiso en poder de segundos" –no de terceros–.

El decomiso también puede recaer sobre bienes cuya titularidad no haya sido determinada[18]. En este caso, debe haberse intentado

14 El artículo 277 del Código Penal dispone que "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: (…) c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito".

15 El artículo 1051 del Código Civil dispone, respecto de los bienes inmuebles, que "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

16 Ver art. 26, UNCAC.

17 Ver al respecto, los artículos 1113, 1114, 1117, 1118 y 1119, Código Civil.

18 En este sentido, el art. 525, CPP, dispone: "Cuando después de un (1) año de concluido el proceso nadie reclame o acredite tener derecho a la restitución de cosas, que no se secuestraron del poder de determinada persona, se dispondrá su decomiso".

verificar al posible titular y notificarlo y, si ello no fue posible, procede el decomiso.

VIII. Necesidad de sentencia penal condenatoria

Uno de los obstáculos principales para proceder al decomiso del producto es la necesidad de obtener una sentencia penal condenatoria. En efecto, el artículo 23 del Código Penal no prevé expresamente la posibilidad de aplicar el decomiso antes de dictar una sentencia penal condenatoria. Es decir que la reforma no ha modificado la interpretación tradicional de que el decomiso se dicta al momento de resolver la condena penal[19]. En este sentido, toda disposición anterior de los bienes debe ser entendida como cautelar y de carácter provisorio[20].

Este requisito puede significar un importante obstáculo para lograr el decomiso del producto de hechos de corrupción en nuestro país, debido a las dificultades que suelen presentarse para obtener una condena penal. Para enfrentar esta dificultad puede preverse la posibilidad de legislar un decomiso del carácter civil, siguiendo la tendencia europea y de otros países latinoamericanos. Debe reconocerse que nuestro sistema legal registra una variedad de medidas de decomisos aplicables, más allá del regulado en el artículo 23 del Código Penal. Para asegurar la constitucionalidad de estas medidas se requiere un procedimiento, no necesariamente judicial, que garantice que las personas afectadas puedan efectivamente ejercer su derecho de defensa para acreditar que los bienes no están vinculados con una actividad ilícita. También como alternativa pueden admitirse ciertos supuestos en los cuales resulta dificultoso o imposible la obtención de una sentencia condenatoria (la fuga o la muerte de los imputados) para la aplicación del decomiso penal[21].

19 "El instituto del decomiso (art. 23, CP) tiene el carácter de pena accesoria a la principal, por lo que es improcedente su aplicación si no ha mediado condena por haberse extinguido la acción penal por oblación de la multa (art. 64 del CP)", voto de Valdovinos, Campos y Escobar, "Bustos de Castro, M.", C. Nac. Crim. y Corr., sala 4, 13/8/1991.

20 "La facultad del juez de adoptar, cuando lo entienda necesario y fundadamente, las medidas cautelares necesarias durante el proceso y por otro, que las mismas tienen, en principio, el carácter de provisorias toda vez que la condena será la que decida en forma definitiva sobre tales bienes", "Furlong, Héctor", C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 31/10/2002, Expte. 34.385.

21 Ver al respecto el capítulo 3 de este libro.

VIII. 1. Decomiso después de la sentencia condenatoria

El decomiso puede ser dictado con posterioridad a la condena penal, siendo competente el juez que llevó adelante la persecución penal. La medida debe ser dictada en un plazo razonable. En un caso se consideró que el lapso de seis meses excedía lo razonable y que no debía superar el plazo establecido para la aclaratoria[22]. Ello es incompatible con la idea de que el plazo adicional sirve a los efectos de determinar el monto a decomisar o de concluir la investigación sobre los bienes luego de producida la prueba en el juicio, como ocurre en otros países.

IX. Estándar probatorio del decomiso

En relación el estándar probatorio que debe regir para determinar la procedencia del decomiso y su monto, nada se ha regulado expresamente. Evidentemente, si se exige la sentencia condenatoria penal, probablemente el estándar sea de similar grado ("más allá de toda duda razonable" sumado a la presunción de inocencia a favor del imputado), no admitiéndose ninguna posibilidad de relajar el estándar cuando se analiza la vinculación del hecho ilícito con los bienes susceptibles de decomiso. Parece que este criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia, que requiere de un juicio, en un sentido estricto, para determinar si los bienes son decomisables[23].

22 "Si bien es cierto que se ha interpretado que es posible ordenarlo con posterioridad al dictado de la sentencia (conf. Tribunal Superior de Córdoba, sala Penal, 'Caldarone, Pedro V.', rta. 20/10/1989; publicado en *La Ley Córdoba*, 1990, p. 1053-1055), entiendo que habiéndose omitido expresamente en la sentencia, el decomiso debe ser dictado dentro de un tiempo razonable; razonabilidad que estaría dada, en todo caso, por el plazo previsto para el dictado de la aclaratoria.

Es que no puede supeditarse a la voluntad del tribunal –o a que el condenado solicite la restitución de alguno de los elementos secuestrados– a que pasado un tiempo más que prudencial, como en el caso de autos de casi seis meses desde el citado de la sentencia condenatoria, se le imponga al incusado una nueva pena; que si bien es accesoria y consecuencia directa de la principal, el dictado de la misma no puede quedar suspendido indefinidamente en el tiempo", voto de Mitchell, "García, Marcelo", Cámara Nacional de Casación Penal, sala 4, 23/8/2002.

23 "Hallándose bajo investigación, un supuesto encubrimiento por la procedencia ilícita de un rodado (entendido como unidad jurídica, económica y mecánica), y pendiente aún de dilucidar la discordancia de datos de registro y la supuesta proveniencia de un ilícito de Robo, más allá de los sujetos que pueden

También pueden pensarse reformas en este aspecto, permitiendo que una vez que haya sentencia penal, la persona condenada deba probar que su enriquecimiento tiene origen lícito para evitar el decomiso, tal como se aplica en muchos países europeos. Téngase en cuenta que no se ve afectado el principio de inocencia, porque la persona ya ha sido condenada verificándose la imputación delictiva bajo el estándar probatorio más estricto.

X. Juicio en rebeldía

Como se suele señalar, una de las principales dificultades para obtener el decomiso es lograr una sentencia penal condenatoria, lo cual puede ser imposible si el acusado se ha fugado.

En nuestro país, la legislación procesal penal prohíbe el juicio en rebeldía, lo cual se deriva del derecho constitucional de defensa. Esta regulación, debido a la concepción como sanción penal que se la asigna al decomiso, impide que éste se aplique cuando el titular del bien se encuentra rebelde, admitiéndose sólo medidas cautelares.

Sin embargo, debe reseñarse que en materia infraccional aduanera, donde resultan aplicables medidas de decomiso, se admite que el procedimiento continúe pese a la rebeldía del imputado[24].

XI. Límites al monto del decomiso

Si el decomiso del producto del delito no tuviera un fin punitivo, no habría que preocuparse por fijar un límite máximo al monto. Sin embargo, cuando se le asigna una función punitiva, deben aplicarse los principios constitucionales en materia penal. En virtud de

---

verse alcanzados por una investigación que reviste carácter esencialmente 'objetivo' (ya que gira en torno respecto 'al o los hechos', no importa cuántos sujetos hayan participado en los mismos), todas ellas son circunstancias que deja lado toda consideración provisoria sobre los mejores derechos que uno u otro pretendan sobre la cosa objeto del o los delitos, como así también respecto a quien actuó de buena fe o no (cuestiones todas estas que se dilucidarán en la etapa de juicio)", "Weihmuller, Lisandro", Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, 24/05/2005.

24 El Código Aduanero dispone en su art. 1105: "El presunto responsable debidamente citado que no compareciere dentro del plazo previsto en el art. 1101, será declarado rebelde y el procedimiento continuará su curso aun sin su intervención".

Por su parte el art. 1106 establece: "El rebelde podrá comparecer en cualquier estado del procedimiento, pero éste no se retrotraerá".

ello, se ha argumentado que es posible limitar total o parcialmente la aplicación del decomiso cuando resulta ser desmesurada y afecta el principio proporcionalidad o de humanidad de la pena[25]. En consecuencia, parece exigirse cierta relación entre el monto del decomiso y el daño causado por la conducta delictiva o el patrimonio de la persona afectada.

XII. Protección de terceros

Un aspecto fundamental del decomiso es la protección de terceros[26], que impide afectar a una persona que adquirió un bien de origen ilícito de buena fe[27] a título oneroso. Sin embargo, no se prevé ninguna regulación procesal específica que permita que participen activamente en el procedimiento penal para que defiendan su derecho. Estimamos que podría utilizarse analógicamente la figura del

25 "El decomiso sería inconstitucional si no respetase la regla de humanidad y mínima irracionalidad y, por tanto, en el caso concreto deviniese una pena de confiscación", Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal*, cit., p. 943.

Este principio es aplicado en la normativa norteamericana, disponiéndose que "(g) Proporcionalidad

(1) El demandante bajo la subsección (a) (4) puede peticionar al tribunal para que determine si el decomiso fue constitucionalmente excesivo.

(2) Al hacer esta determinación, el tribunal debe comparar el decomiso con la gravedad del delito que lo justifica.

(3) El demandante tendrá la carga de establecer que el decomiso es enormemente desproporcionado basado en la preponderancia de la evidencia en una audiencia del Tribunal sin Jurado".

26 Debe tenerse en cuenta que en el concepto de terceros se ha comprendido a acreedores prendarios cuya garantía es el bien sobre el cual procedería la medida de decomiso. "La limitación del art. 188, tercer párrafo, de la ley de aduana (Adla, XLI-A, 1325), en cuanto exige la propiedad de lo comisado en cabeza de los responsables para la procedencia de la pena, señala indirectamente que no puede afectarse a terceros no responsables, correspondiendo extender la limitación a quienes tuvieran sobre los bienes un derecho real de prenda adquirido con anterioridad a la fecha de consumado el delito de contrabando, lo que les garantiza con privilegio especial el cobro de su crédito prendario", "Bank Boston National Association c. Arrupea, Juan A.", CN Com – Sala B, 16/8/1999, *La Ley* 2000-A, p. 238 - DJ 2000-2, p. 503.

27 Se ha considerado "a) que la sanción de comiso no procede si el objeto secuestrado pertenece a una persona ajena al hecho y las circunstancias del caso indican que no conocía la utilización ilícita del mismo (norma citada del CA), de forma tal que se respete el derecho de propiedad (art. 17 de la CN), en toda su amplitud", "Scagani Leites, Jorge", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 17/12/2004.

civilmente demandado. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que la reparación del tercero debe proceder por otra vía[28].

XIII. Las medidas cautelares en relación con bienes en la Argentina

En relación con las medidas cautelares, que son necesarias para hacer efectivo el decomiso posterior, se regula genéricamente en el artículo 23 del Código Penal que "El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer (…) En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros".

28 "En el mejor de los casos, probada la buena fe adquisitiva (y la adquisición propiamente dicha) de parte del imputado, tendrá eventualmente derecho a reparación, por la vía y en la sede pertinente y hecha valer ante quien corresponda, cuestión que si bien no desconoce el propio art. 23 del CP, para nada se resuelve en esta sede ni en la causa propiamente dicha y menos aún en la etapa instructoria que transcurre. Es más, tal como lo anticipamos, muy posiblemente el Sr. Fiscal de Instrucción deba avanzar en la investigación, no sólo respecto del imputado sino sobre quien le vendiera el automotor (a los fines de detectar la supuesta falsedad) (…) por último respeto a la propiedad o no del bien en la sede distinta en que corresponde debatir cuestiones atinentes a la propiedad de bienes muebles registrables (que no es precisamente la penal). En tal sentido, nuestro máximo Tribunal provincial, ha expresado: 'No es correcto decir que el decomiso procede porque el delincuente pueda invocar siempre derecho como tenedor, poseedor o propietario del instrumento o efecto decomisado, desde que el art. 23 no ha puesto esa condición y es posible que el autor del hecho no haya gozado de alguna de esas situaciones; por consiguiente, el titular registral del automotor, podrá –en su caso– intentar la devolución del vehículo, por la vía que corresponda (art. 544 del Cód. de Proced. Penal), pues el condenado carece de interés en alegar en favor de aquel que tiene esa calidad. No debe aplicarse al caso, como lo entiende la recurrente, el art. 543 del Cód. de Proced. Penal que regula sobre la restitución de los objetos secuestrados durante el proceso, por cuanto si bien establece la devolución de las cosas secuestradas a quien las tenía en su poder en el momento del delito, excluye en forma expresa de este régimen a las cosas que estuvieren sujetas a restitución, embargo o confiscación (decomiso del art. 23, Cód. Penal)'. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal 20/10/89 "Caldarone Pedro V.", LLC, 1990, 1053. V)", "Weihmuller, Lisandro", Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, 24/5/2005.

En consecuencia, se faculta al juez a adoptar desde el inicio del proceso judicial las medidas cautelares necesarias respecto de los bienes que pueden ser decomisados. No resulta necesario que haya cierto grado de avance en la causa, como el procesamiento o el requerimiento de elevación a juicio, pues lo relevante es impedir la fuga de esos bienes.

Para la procedencia de las medidas cautelares sólo debería acreditarse que haya relación con los hechos investigados –sin necesidad de acreditar con alto grado de verosimilitud el acaecimiento o la autoría del hecho– y que los bienes sean susceptibles de ser decomisados por quedar subsumidos en algunas de las causales previstas en la ley[29]. En consecuencia, la medida de cautela sólo deberá acreditar estos elementos para ser válida. Por su parte, el afectado podrá contradecir la medida cuestionando que sea subsumible en una causal, por ejemplo, acreditando que su posesión no fue originada en un delito[30].

Estas medidas son instrumentales, pues tienden a lograr que se realicen los fines del proceso y tienen carácter provisional[31], lo cual significa que pueden ser revocadas a pedido de parte o de oficio por el magistrado. Se ha considerado que deben ser aplicadas lo más restrictivamente posible[32]. Acá se aprecia la tensión entre la protección

29 "b) la presunción, fundada en las constancias de la causa, que el comiso 'pueda recaer', esto es, ser dispuesto oportunamente (art. 23 del CP, texto según ley N° 25.815)", "Scagani Leites, Jorge", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 17/12/2004

30 En este sentido es claro Laje Anaya cuando sostiene que: "El imputado puede probar que el producto objeto de la inversión o transferencia reconoce un origen legítimo", ('Narcotráfico y Derecho Penal Argentino. Ley 23.737', ps. 203 y 204, Córdoba, noviembre de 1992)" en el voto de Tragant, "Dobniewski, Luis", C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 16/3/2001.

31 "5. Que, las medias cautelares son instrumentales y provisionales: 'Son instrumentales, por no constituir un fin en sí mismo su adopción, persiguiendo su dictado la función de aseguramiento del cumplimiento de la decisión de fondo'; y también '… son provisionales, en razón de no causar estado o instancia del auto que las decreta, pudiendo siempre modificarse lo resuelto si sobrevienen circunstancias que hagan aconsejables que así suceda' (Hornos, Roberto E., La Ley, 2001-E, 938 –el subrayado es de la presente–)". "Scagani Leites, Jorge", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 17/12/2004.

32 "En suma, pensamos que el órgano jurisdiccional a cuyo cargo se halla el objeto secuestrado, deberá ponderar cada situación particular con criterio amplio, teniendo presente que las medidas precautorias, reales o personales,

del derecho a la propiedad privada y la finalidad de implementar una política de recuperación de activos, que fomenta una aplicación no tan restrictiva de las medidas cautelares.

En general, estas medidas son dictadas para preservar el objeto del delito y los instrumentos, que son los elementos probatorios por excelencia. Esto se explica porque la etapa de investigación se centra en determinar la materialidad del delito y no en recuperar bienes. En consecuencia, no se suelen aplicar estas medidas cautelares respecto del producto del delito, lo cual podría derivar en su fuga o pérdida. Creemos que la reforma del artículo 23 del Código Penal debe significar que el órgano encargado de la ejecución también investigue el producto del delito y obtenga de forma inmediata medidas cautelares que lo preserven para evitar su fuga o blanqueo.

En el artículo 23 del Código Penal se establece de manera genérica que estas medidas deben dejar a salvo los derechos de propiedad de los afectados. En consecuencia, deberá preverse una regulación procesal en cada jurisdicción que garantice una adecuada administración y disposición de los bienes[33] para asegurar la restitución o la indemnización en caso que no sea procedente la medida o que se afecte indebidamente el derecho patrimonial de una persona.

XIII. 1. Secuestro de bienes muebles

En el proceso penal federal, regulado por el Código Procesal Penal de la Nación, se establece específicamente el secuestro de bienes muebles en el artículo 231, al disponer: "El juez podrá disponer el secuestro de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba.

Sin embargo, esta medida será dispuesta y cumplida por los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad, cuando el hallazgo de esas cosas fuera resultado de un allanamiento o de una requisa personal o inspección en los términos del artículo 230 bis, dejando constancia de ello en el acta respectiva y dando cuenta inmediata del procedimiento realizado al juez o al fiscal intervinientes".

previstas en el sistema realizador del orden penal, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente", "Aguilera Ibáñez, Gustavo M. y otros", Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes, 4/11/2002.

33 En igual sentido la UNCAC en el 57 y la Convención de la OEA en el art. XV establecen el deber de regular normativamente la administración de los bienes que son objeto de las medidas cautelares y del decomiso para garantizar los derechos de los terceros afectados y de la sociedad en general.

De modo que el juez está facultado, en cualquier momento del proceso, a disponer el secuestro de los bienes que pueden ser objeto de la medida de decomiso. Incluso se admite el secuestro por parte de las fuerzas de seguridad cuando se produce en ejercicio de sus funciones y lo comunican inmediatamente a las autoridades competentes. Es necesario advertir que la medida se limita a los bienes muebles.

En el caso que se demuestre en el proceso penal que los bienes secuestrados no quedan sujetos a esta medida, deberán ser devueltos al anterior poseedor.

XIII. 2. Embargo preventivo e inhibición general de bienes

El Código Procesal Penal, artículo 518, regula como medida cautelar el embargo preventivo y, en subsidio, la inhibición general de bienes: "Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas. Si el imputado o el civilmente demandado no tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhibición. Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen".

Esta medida cautelar debe ser ordenada por el juez justificando los elementos clásicos de las medidas cautelares: peligro en la demora y verosimilitud del derecho. El momento procesal en que el juez está obligado a dictar medidas cautelares es al dictar el auto de procesamiento, quedando facultado para dictarlo previamente si existen elementos que lo justifiquen.

En ambos casos, lo que puede controvertir el afectado es si hay elementos de convicción suficientes para que proceda el decomiso y si realmente hay peligro en la demora. Esta medida procede contra todo tipo de bienes. Sin embargo, no se establece expresamente que es para salvaguardar los bienes susceptibles del decomiso penal.

XIII. 3. Administración y disposición de los bienes secuestrados

El marco normativo aplicable en el ámbito de la justicia penal en la Ciudad de Buenos Aires y la justicia Federal es la ley 20.785[34],

[34] A nivel local, podemos citar las leyes 6.667 y 6.847 de Salta, la Acordada 7.333 de la Corte de Justicia de Salta, la ley 5.545 de San Luis, el decreto ley 7.710 de Buenos Aires y los acuerdos de la Suprema Corte de Buenos Aires.

que regula la administración y disposición de los bienes muebles secuestrados. El fin de esta ley es evitar que el secuestro afecte el valor del bien y perjudique al propietario o al Estado. Al respecto, se establece un régimen diferencial según el tipo de bien.

Cuando los bienes son dinero, títulos o valores, se establece que deben ser depositados en un banco oficial[35], ya que por su propia naturaleza no se degrada y, por el contrario, brindan réditos al ser depositados en una institución bancaria.

Genéricamente, se dispone que a los seis meses del secuestro, los bienes físicos se venderán, transformándose en dinero[36]. De este modo, se evita que el paso del tiempo los deteriore.

Sin embargo, se han establecido algunas excepciones a esta regulación, a saber:

– Bienes perecederos: el plazo de seis meses no será aplicable a los bienes pereceros, ya que se dispone que cuando no son reclamados por un tercero ajeno al hecho delictivo, se deben vender de inmediato, impidiendo así su deterioro al transformarlos en dinero[37].

– Bien susceptible de deterioro: si el bien, pese a no ser perecedero, se deteriora con cierta rapidez por el transcurso del tiempo, podrá ser dispuesto de manera definitiva si existe autorización judicial[38].

35 El art. 20.785, 2: "En cuanto el estado de la causa lo permita, el dinero, títulos y valores secuestrados se depositarán como pertenecientes a aquélla, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires o en la sucursal del Banco de la Nación que corresponda, según que el asiento del tribunal esté en la Capital Federal o en el interior, sin perjuicio de disponerse, en cualquier estado de la causa, la entrega o transferencia de dichos bienes si procediere".

36 La ley 20.785 establece que "f) Si se tratare de cualquier otro bien no especificado en los incisos precedentes, transcurridos seis meses desde el día del secuestro se dispondrá su venta en pública subasta, a través de las instituciones bancarias mencionadas en el artículo 2°, en las que se depositara el importe obtenido de la venta".

37 La ley 20.785 dispone en el artículo 3 que "Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera:

a) Si se tratare de cosa perecedera, se dispondrá de inmediato su venta en pública subasta, por intermedio de las instituciones bancarias mencionadas en el artículo precedente, en las cuales se depositará el importe obtenido de la venta".

38 La ley 20.785 establece que "En todos los casos, si los bienes secuestrados pudieren sufrir daño o demérito por el solo transcurso del tiempo, las insti-

– Bien con interés científico y cultural: en el caso que el bien tenga interés científico y cultural serán entregados a entidades públicas o privadas en calidad de depositarios[39].

– Psicotrópicos: si el bien fuera un psicotrópico, el juzgado determinará su destino, que deberá ser un ente estatal[40].

– Armas o explosivos: en el caso de que el bien físico sea un arma o explosivo, pasará a integrar el arsenal estatal[41].

– Aeronaves: si el bien fuera una aeronave quedará a cargo de la autoridad aeronáutica[42]. Cuando no corresponda la entrega a su dueño, los organismos oficiales encargados de su depósito, transcurridos seis meses desde el día del secuestro, consultarán al juez sobre la existencia de algún impedimento para su remate. Si dentro

---

tuciones a las que se hiciere entrega de los mismos podrán disponer de ellos con autorización del tribunal previa tasación que éste ordenará.

En tal supuesto, aquéllas quedarán obligadas por la suma determinada en la tasación con más los intereses al tipo bancario si, posteriormente, correspondiere la devolución de los bienes a quien acreditare derechos sobre ellos".

39 El artículo 3 de la ley 20.785 regula que "Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: (…)

b) Si los bienes secuestrados tuvieren interés científico o cultural, se dispondrá de inmediato su entrega a entidades de reconocidos antecedentes en la materia".

40 El artículo 3 de la ley 20.785 dispone que "Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: (…)

c) En los casos de estupefacientes o psicotrópicos, el juzgado determinará la repartición u organismo del Estado Nacional a que serán entregados".

41 El artículo 3 establece que "Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: (…)

d) Tratándose de armas de fuego o explosivos, la entrega se hará al Comando de Arsenales del Ejército o a la unidad militar más cercana, según que el asiento del tribunal se halle en la Capital Federal o en el interior".

42 El artículo 3 establece que "Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: (…)

e) Cuando se tratare de aeronaves, la entrega se hará a la autoridad aeronáutica".

de los diez días de recibido el pedido, el juez no hiciere saber su oposición por resolución fundada, el organismo oficial encargado del depósito dispondrá la venta en pública subasta a través de instituciones bancarias en las que se depositará el importe obtenido de la venta. En el caso que el juez se opusiere al remate, el bien permanecerá en depósito. Cada tres meses, contados a partir de la negativa que hubiere formulado el juez, se podrá librar una nueva consulta. Si con posterioridad a la subasta correspondiere la devolución del bien a quien acreditare derecho sobre el mismo, deberá abonársele el producido de la venta más los intereses correspondientes[43].

– Automotores: cuando no se pueda devolver el automotor a su dueño, transcurridos los seis meses desde el secuestro o en un plazo menor si lo dispone la autoridad judicial, la autoridad encargada de su depósito y custodia procederá a gestionar su descontaminación, compactación y disposición como chatarra. El plazo de seis meses podrá ser ampliado por el magistrado interviniente por resolución fundada, en la que deberá indicar las razones por las cuales no resulta aplicable el procedimiento de reducción. Si tras la disposición en calidad de chatarra, correspondiere la devolución del bien a quien acreditare derecho sobre él, deberá abonársele el valor de la chatarra resultante, previa deducción de los importes originados por la descontaminación y compactación[44].

Toda medida dispositiva –venta, entrega o destrucción– puede ser demorada por orden judicial fundada, sin establecer un plazo legal[45]. Tanto para el caso de la destrucción como para la venta se establece un procedimiento contradictorio en el cual se puede realizar una pericia sobre el bien afectado con derecho al recurso judicial[46]. Creemos que este procedimiento debería permitirle al afecta-

43 Art. 10 bis.

44 Art. 10 ter.

45 El art. 5 de la ley 20.785 establece que "El remate, entrega o destrucción prescriptos en los artículos precedentes podrán demorarse, mediante auto fundamentado, el tiempo que el tribunal estime necesario".

46 El art. 6 de la ley 20.785 regula que "En la misma resolución por la que se decrete la destrucción o venta del bien, salvo el supuesto del artículo 3°, inciso a), se dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días manifiesten si antes de cumplirse lo ordenado consideran necesario realizar peritaciones sobre dicho bien, proponiendo en su caso los puntos concretos sobre los que versarán aquéllas.

Si se ignoraren los autores del supuesto delito o ellos se hallaren prófugos,

do demostrar que no opera la causal que hace procedente el decomiso y la medida dispositiva.

En todos los supuestos, siempre le corresponde al afectado, de no producirse el decomiso, la devolución del bien secuestrado –o su valor– más un resarcimiento por los perjuicios provocados por su privación provisoria –o intereses–[47].

XIV. Disposición de activos decomisados

En la Argentina, la normativa procesal en el ámbito federal establece que la disposición está a cargo del tribunal que dicta la sentencia condenatoria, y que ésta debe respetar la naturaleza del bien decomisado[48].

Por su parte, el artículo 23 del Código Penal regula la decisión judicial respecto de la disposición. Establece que los bienes decomisados deben tener fines públicos o permitir la obtención de recursos para el Estado –nacional, provincial o municipal– mediante su enajenación. Téngase en cuenta que la ley 23.853, artículo 3, dispone que forman parte de los recursos propios del Poder Judicial. Ello también ha sido fijado por la CSJN a través de la Acordada 37/91[49].

---

se dará intervención al defensor de pobres, incapaces y ausentes. Si en el plazo antes señalado se propusieren peritaciones, el tribunal resolverá por auto fundamentado su admisión o rechazo y la realización o suspensión de la destrucción o subasta. Dicho auto será apelable en relación y con efecto suspensivo". Debe tenerse en cuenta que ya está obligada la autoridad jurisdiccional a peritar para determinar el estado y el valor. El artículo 7 establece que "El tribunal, antes de efectuarse la venta, entrega o destrucción del objeto, deberá disponer la realización de los peritajes o verificaciones necesarias para determinar con toda precisión su valor y estado".

47 La ley 20.785 dispone que "Los depósitos de dinero dispuestos en el artículo 2°, así como el resultante de los importes obtenidos de la venta de los bienes que determinan los incisos a) y f) del presente artículo, devengarán los intereses al tipo bancario correspondiente".

48 El art. 522 del Código Procesal Penal de la Nación establece que "Cuando la sentencia importe decomiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza".

49 Ley 23.583, art. 3 "Constituyen recursos específicos, propios del Poder Judicial de la Nación, afectados al Presupuesto de Gastos e Inversiones, los siguientes: (…) b) (…) efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños; objetos comisados". La jurisprudencia ha hecho aplicación de esta normativa. "Para el caso de autos, el marco normativo aplicable –en cuanto al destino que corresponde darle a los bienes decomisados– está dado por la ley 23.583.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada N° 37/91 –del 25

La posibilidad de destruir los bienes decomisados es *ultima ratio* y sólo procedería, a nuestro juicio, con bienes peligrosos que no puedan ser utilizados por el Estado[50]. Es que, en el marco de una política de recuperación de activos, no tendría sentido decomisar el producto de un delito que no tuviera valor lícito. Pero la medida sí se encuentra justificada cuando el bien resulta peligroso y se evita así la afectación futura de bienes jurídicos individuales y colectivos.

Por su parte, el artículo 27 de la ley 25.246 –lavado de activos– dispone: "el producido de la venta o administración de los bienes o instrumentos provenientes de los delitos previstos en esta ley y de los decomisos ordenados en su consecuencia, así como también las ganancias obtenidas ilícitamente y el producido de las multas que en su consecuencia se impongan, serán destinados a una cuenta especial del Tesoro nacional. Dichos fondos serán afectados a financiar el funcionamiento de la Unidad de Información Financiera, los programas previstos en el art. 39 de la ley 23.737 y su modificatoria ley 24.424, los de salud y capacitación laboral, conforme lo establezca la reglamentación pertinente. El dinero y los otros bienes o recursos secuestrados judicialmente por la comisión de los delitos previstos en esta ley, serán entregados por el tribunal interviniente a un fondo especial que instituirá el Poder Ejecutivo nacional".

---

de septiembre de 1991– ha dicho que con arreglo a lo dispuesto por el art. 3°, inc. b, de la ley 23.853 constituye recurso específico y propio del Poder Judicial de la Nación el producto de la venta de efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños, así como los objetos comisados; que los arts. 8° y 9° de la misma ley otorgan al Tribunal plenas y amplias facultades para determinar el régimen de percepción, administración y contralor de sus recursos y lo facultan para adoptar las medidas que considere convenientes para efectuar el control y exigir el cobro de los recursos mencionados en el art. 3°, y que, además, el art. 12 de dicha ley ha dejado sin efecto todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a su cumplimiento.

El Alto Tribunal en dicha acordada dispuso que la exégesis que corresponde a esas disposiciones consiste en establecer que los efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños, así como los objetos comisados, comprenden a todos los bienes de cualquier naturaleza que se encuentren sometidos a una decisión jurisdiccional dentro del proceso judicial, y conforman el recurso específico y propio del Poder Judicial de la Nación a que se refiere el art. 3°, inc. b) de la ley 23.853", voto de Hornos, "Alsogaray, María J.", Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 9/6/2005.

[50] Si el bien no puede ser vendido ni utilizado, procederá su destrucción, tras los 6 meses del secuestro; evidentemente, para que el Estado no incurra en gastos de conservación por bienes inservibles. El art. 4 de la ley 20.785, dispone que "Cuando por la naturaleza de los bienes secuestrados no correspondiere su venta ni entrega, transcurrido el plazo establecido en el artículo 6°, se dispondrá su destrucción".

La ley de estupefacientes también prevé una finalidad especial para los bienes decomisados por los delitos regulados en dicha normativa. El artículo 39 dispone que "Salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refiere el artículo 30. Los bienes o el producido de su venta se destinarán a la Lucha contra el Tráfico ilegal de estupefacientes, su prevención y la rehabilitación de los afectados por el consumo (…) Asimismo, el mismo destino se le dará a los bienes decomisados o al producido de su venta, por los delitos previstos en la sección XII, Título I de la Ley 22.415, cuando el objeto de dichos delitos sean estupefacientes, precursores o productos químicos. En las causas de jurisdicción federal y nacional los jueces o las autoridades competentes entregarán las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta a que se refieren los párrafos precedentes, conforme lo establecido por esta ley. En las causas de jurisdicción provincial las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados o el producido de su venta, corresponderá a la provincia".

También el Código Penal prevé un régimen especial para los delitos de secuestro. En el artículo 23 establece: "En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 *bis* o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima".

En la jurisdicción provincial se ha admitido que en el caso en que el bien decomisado no tenga dueño y no se haya presentado ningún tercero reclamando por su titularidad, corresponde que sea dispuesto al momento de la sentencia[51].

51 "Que de acuerdo a las declaraciones del jefe de Policía, de José Rogelio Pérez y de los demás Informes mencionados resulta que la motocicleta Honda utilizada en el robo al Frigorífico Bermejo S.A. no tiene dueño, ni depositario Judicial ni se encuentra *afectada a ningún sumario policial o causa penal en el Juzgado de Instrucción en lo Penal N° 2 ni en ningún otro Juzgado o Tribunal que no sea este ni tampoco se ha presentado tercero alguno que acredite interés legalmente tutelado sobre la motocicleta por lo que debe ser rematada de conformidad a lo dispuesto en los arts. 23 del CPP, 537 y 538 del Código Penal y arts. 6° y 10 de la ley provincial 5493*", "Núñez, Ramón Ángel y otro", Cámara Penal de Jujuy, sala III, 17/3/2006.

Capítulo 13

Cooperación internacional con fines de decomiso en la Argentina

Guillermo Jorge y Natalia A. Volosin

I. Introducción

Este capítulo propone un ejercicio para analizar cómo funcionan en la práctica los principios analizados en el capítulo 6 de este libro. En primer término –Segunda Parte– analizamos las reglas que gobiernan la cooperación de la Argentina como eventual Estado requerido en un caso de corrupción. Ello nos permitirá presentar los principios generales y explicitar algunas deficiencias normativas para cumplir con la UNCAC.

Sin embargo, el enfoque principal del capítulo es presentado en la Tercera Parte, y consiste en sugerir cómo podrían actuar los operadores del sistema argentino –o prácticamente de cualquier país latinoamericano– desde el punto de vista de un Estado requirente interesado en recuperar activos de la corrupción.

Dicha parte está dividida en las diferentes etapas del proceso de recuperación del producto que ha sido transferido al extranjero: investigación, inmovilización, decomiso y repatriación. Con el fin de cubrir países de diferentes tradiciones jurídicas, nos concentramos en explicar cómo debería proceder un fiscal o investigador argentino si tuviera que obtener información de tres países que albergan los principales centros financieros del mundo: Suiza, el Reino Unido y Estados Unidos.

La razón que motiva esta perspectiva es que, en general, los investigadores argentinos carecen de la información que necesitan para plantear una estrategia de recuperación adecuada en función de las circunstancias del caso concreto que los ocupa. En efecto, un relevamiento de datos efectuado en la autoridad central argentina[1],

[1] El relevamiento fue realizado durante octubre y noviembre de 2007 por Laura Roth, Natalia Volosin y Guillermo Jorge en la Dirección Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Agradecemos especialmente la colaboración de la directora de Asistencia Judicial Internacional, doctora María del Carmen Seoane de Chiodi, y del doctor Diego Solerno, abogado de la Dirección, por su disposición y permanente colaboración durante la investigación.

mostró que aproximadamente dos tercios de las solicitudes relevadas no tuvieron respuesta o fueron rechazadas. Los motivos más comunes por los cuales la cooperación fue denegada se refieren a la "falta de conexión precisa entre los hechos y la medida solicitada", incluyendo muchas "operaciones de pesca" y a "la existencia de vías alternativas a la asistencia judicial recíproca para obtener la misma información".

II. La Argentina como Estado requerido

El sistema constitucional argentino establece que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes[2]. En el ámbito de la cooperación internacional, esto significa que la asistencia judicial recíproca se rige por los tratados (bilaterales o multilaterales) que la Argentina haya establecido con el país de que se trate[3]. También significa que las reglas que establece la UNCAC en la materia, a las que se ha hecho referencia en el capítulo 6, son superiores a las disposiciones de la legislación local argentina.

Con respecto a la relación entre la UNCAC y los tratados mencionados, como se indicara en el capítulo 6, la propia Convención opera como marco normativo aplicable para la adopción de las medidas de investigación, embargo y decomiso en caso de ausencia de un tratado específico y, si hubiera un tratado, los Estados pueden convenir en aplicar la Convención, que los insta encarecidamente a hacerlo si ello facilita la cooperación.

Finalmente, la Argentina cuenta con una ley específica que regula la cooperación internacional en materia penal, aplicable supleto-

2 Art. 75, inc. 22, CN.

3 Argentina ha firmado tratados bilaterales específicos de asistencia mutua legal en materia penal con los siguientes países: Australia, Canadá, Colombia, El Salvador, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México y Perú.

También ha firmado un tratado multilateral en la materia con Brasil, Uruguay y Paraguay (Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur) y un tratado multilateral en el ámbito interamericano (Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal) que incluye a los siguientes países: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Venezuela (ratificado); Bahamas, Costa Rica, Uruguay, Suriname, Guayana (firmado); Barbados, Belice, Haití, República Dominicana, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas (no firmado). Ver estado de firmas y ratificaciones en *www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-55.html* (20 de abril de 2008).

riamente (en ausencia de un tratado o para las cuestiones no previstas en el tratado) y para la interpretación de los tratados[4].

La norma en cuestión regula principalmente la extradición activa y pasiva, pero también introduce la posibilidad de solicitar medidas de asistencia en la investigación de delitos, con respecto a las cuales se aplican los mismos principios que la ley establece para la extradición[5]. Es decir que la legislación argentina sigue los lineamientos de la cooperación internacional clásica, que no diferenciaba las reglas de la extradición de las reglas de la asistencia mutua legal. En este sentido, sería recomendable que la Argentina adoptara normas específicas para la asistencia mutua legal, teniendo en cuenta que, como se indicara en el capítulo 6, éstas deben ser reconsideradas en función de la necesidad de investigar, inmovilizar y decomisar el producto de la criminalidad global.

Con respecto a la asistencia en la investigación, la ley 24.767 establece como pauta general:

"La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera *la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél.* Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda"[6].

Este compromiso de colaboración concuerda con las finalidades generales que establece la UNCAC con respecto al principio de que los Estados deben prestarse la máxima cooperación posible[7] en el menor tiempo posible[8].

Nuestro relevamiento de datos mostró que la Argentina no parece ser el destino del producto de la corrupción de ningún país determinado, aunque su colaboración ha sido requerida en el 10% de los casos tramitados en Cancillería entre 2000 y 2007. El 80% de esos casos fueron exhortos de otros países latinoamericanos. La Argentina respondió a las solicitudes en un promedio de cuatro meses, aunque sólo en un 20% de los casos la solicitud fue respondida positivamente. En los casos restantes, las medidas solicitadas fueron practicadas, pero con resultados negativos.

4 Art. 2, ley 24.767.

5 Art. 67, ley 24.767.

6 Art. 1, ley 24.767.

7 Art. 46.1 y 2, UNCAC.

8 Art. 46.24, UNCAC.

II. 1. Procedencia y límites de la cooperación

La legislación argentina supedita la cooperación a la existencia de reciprocidad, ya sea que se encuentre establecida en el tratado correspondiente, que surja de la práctica con el país en cuestión, o que éste la ofrezca expresamente[9]. También se exige que el Estado requirente sea competente, de acuerdo a su propia legislación, con respecto al delito que motiva la solicitud[10].

La Argentina no prestará asistencia cuando: se trate de un delito político o de un delito previsto exclusivamente por la ley penal militar; el proceso tramite por una comisión especial o tenga propósitos persecutorios; existan elementos fundados para presumir que puede perjudicarse el derecho de defensa; existan motivos para suponer que el imputado puede ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o el delito esté sancionado con pena de muerte y el Estado requirente no da garantías de que no será aplicada[11].

De este modo, la legislación argentina prohíbe prestar asistencia en una serie de supuestos en los cuales la cooperación implicaría colaborar con violaciones a los derechos humanos. La ley aclara que no se consideran delitos políticos, entre otros, los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y los actos de terrorismo[12].

Además de esos supuestos, la legislación argentina prevé otro caso en el cual no se considerará que el delito es político: los delitos respecto de los cuales nuestro país hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar. Ello es importante por la frecuencia con la cual funcionarios públicos acusados de corrupción invocan la cláusula de "delitos políticos" para obstaculizar la cooperación internacional. Precisamente, en el marco de la UNCAC, la Argentina ha asumido la obligación de extraditar respecto de todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención, y la UNCAC incluso dispone que en caso que se aplique la propia Convención como base para la extradición, dichos delitos no serán considerados de carácter político[13]. Si bien las disposiciones en cues-

9 Art. 3, ley 24.767.

10 Art. 5, ley 24.767.

11 Art. 8, en función del art. 67, ley 24.767.

12 Art. 9, ley 24.767.

13 Art. 44.4, UNCAC.

tión se refieren a la extradición, los casos a los cuales la normativa argentina no considera delitos políticos no sólo se aplican para la extradición, sino también para la asistencia en la investigación de delitos[14].

En relación con los delitos tributarios, si bien la ley 24.767 no prevé como causal de denegación de asistencia que la solicitud se refiera a un delito tributario, ello sí se encuentra establecido, como una facultad, tanto en el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur[15] como en la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal[16], aunque en este último caso la causal no opera cuando el delito ha sido cometido con la finalidad de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en la Convención. Los Estados requirentes deben ser muy precisos en el relato de los hechos cuando solicitan asistencia en la región, sobre todo a un país que protege especialmente el secreto bancario o que no establece delitos tributarios, pues si un caso que podría constituir un delito tributario en realidad implica la utilización de maniobras de evasión para ocultar, por ejemplo, un soborno, el Estado requerido no podría denegar la asistencia según la Convención Interamericana[17].

La Argentina tampoco prestará cooperación internacional por razones de soberanía nacional, seguridad, orden público u otros intereses esenciales[18]. Si bien estas nociones varían de acuerdo al país de que se trate, cabe aquí recordar que, como se indicara en el capítulo 2, históricamente los centros financieros *offshore* asociaban sus estrictas leyes de secreto bancario con la cláusula de orden público, situación que ya no se presenta.

Con respecto a los principios y limitaciones que rigen la cooperación que puede prestar la Argentina como Estado requerido, cabe destacar que, en función del principio *locus regit actum*, las formas y condiciones en que se cumplirá con las medidas solicitadas se regi-

14 Art. 9, en función del art. 67, ley 24.767.

15 Art. 5, inc. 1.c.

16 Art. 9, inc. f.

17 Teniendo en cuenta que la Convención Interamericana es en este sentido más beneficiosa que el Protocolo del Mercosur, para los países que han ratificado ambos instrumentos resulta más conveniente invocar como tratado aplicable la Convención Interamericana.

18 Art. 10, ley 24.767.

rán por el ordenamiento interno[19]. Sin embargo, el principio reconoce una excepción cuando el Estado requirente tiene un especial interés que expresa en su solicitud, y ello no vulnera garantías constitucionales, lo cual podría eventualmente permitir superar los obstáculos que pueden presentarse entre países que pertenecen a diversas tradiciones jurídicas si se aplica estrictamente el principio mencionado[20].

La legislación argentina requiere doble incriminación únicamente cuando la asistencia solicitada consiste en una medida de secuestro de bienes, registro domiciliario, seguimiento de personas, interceptación de correspondencia o intervención de comunicaciones telefónicas[21]. Dado que las mencionadas son sólo algunas de las posibles medidas coercitivas, la ley es incluso más amplia que las disposiciones de la UNCAC que obligan a los Estados a prestar asistencia aun en ausencia de doble incriminación cuando se trate de medidas no coercitivas[22].

En el caso de las medidas de investigación coercitivas, al establecer el requisito de la doble incriminación, la normativa local refiere en términos generales a que el hecho que motiva la asistencia debe constituir delito en la Argentina. Es decir que bastaría con que la conducta se encontrara tipificada como delito, pues la norma no exige la misma calificación jurídica ni que el hecho sea punible en concreto en ambas jurisdicciones, lo cual concuerda con las limitaciones que presenta este principio en el marco de la UNCAC[23].

Por el contrario, al establecer el requisito de la doble incriminación para la ejecución de una orden de decomiso dictada en el extranjero, la ley dispone que el hecho debe constituir "una infrac-

19 Art. 73, ley 24.767.

20 Estos obstáculos se detallan en el capítulo 6.

21 Art. 68, ley 24.767.

La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal requiere que exista doble incriminación para medidas similares que también pueden considerarse coercitivas (art. 5).

En cambio, el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur dispone que los países deben prestarse asistencia aun cuando la conducta no constituya delito en el Estado requerido, sin establecer ninguna excepción en el caso de las medidas coercitivas, aunque aclara que las medidas cautelares se someten al principio *locus regit actum* (art. 1.4).

22 Art. 46.9.b.

23 Ver capítulo 6.

ción punible para la ley argentina", aun cuando no tuviera previstas las mismas penas[24]. La redacción podría sugerir que esta disposición exige que el hecho sea punible en concreto en ambos países (esto es, que no existan causas de justificación ni de exclusión de la culpabilidad o punibilidad) lo cual indicaría que la norma se aparta de los límites establecidos por la UNCAC. Sin embargo, en la práctica, ello nunca ha significado un impedimento para que la Argentina cooperara.

Finalmente, con respecto al principio de especialidad, si bien la ley 24.767 no establece ninguna limitación en cuanto al uso que puede darle el Estado requirente a la información suministrada, ello sí se encuentra previsto en los tratados regionales, en cuanto prohíben que el país requirente utilice la información o prueba obtenida para propósitos diferentes a los establecidos en la solicitud sin previo consentimiento del país requerido[25].

II. 2. Formalidades de la solicitud

La ley 24.767 establece que la solicitud de asistencia debe formularse por la vía diplomática y que debe contener los siguientes datos[26]:

1) Autoridad de la que proviene el pedido.

2) Una descripción clara del hecho delictivo que motiva el pedido, con referencias precisas acerca de la fecha, el lugar y circunstancias en que se cometió y los datos personales del autor y la víctima.

3) La tipificación legal y la pena que corresponden al hecho.

4) El objeto de la solicitud y todas las circunstancias cuyo conocimiento sea útil para asegurar la eficacia de la asistencia.

5) Los datos personales de los funcionarios y representantes de las partes que hayan sido autorizados por el Estado requirente para participar en los procedimientos solicitados.

Al respecto, cabe destacar que, si bien los requisitos formales de la solicitud son similares a los que prevé la UNCAC[27], el requisito

24 Art. 95, inc. c, ley 24.767.

25 Ver art. 25 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, y art. 12 del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur.

26 Art. 69, ley 24.767.

27 Art. 46.15.

relativo a la descripción del hecho es significativamente más estricto que el de la Convención, que sólo exige un resumen de los hechos pertinentes, e incluso no prevé este requisito cuando se solicita la presentación de documentos judiciales[28]. La cuestión no es menor si se tiene en cuenta que uno de los principales motivos por los cuales fracasan las solicitudes de asistencia es la falta de conexión entre los hechos y la medida que se solicita. En este sentido, la mayor rigidez del requisito de exponer el hecho que se observa en la legislación argentina podría conspirar contra la posibilidad de que otro país obtuviera asistencia si no contara con los elementos suficientes para proveer datos detallados y, paradójicamente, necesitara la asistencia para contar con mayores precisiones.

II. 3. Investigación, medidas cautelares y decomiso

Las medidas de investigación previstas en la ley 24.767 son: la citación de imputados, testigos o peritos[29]; el traslado de personas privadas de su libertad[30] y la provisión de documentación o información oficial[31]. Estas medidas cumplen con las disposiciones de la UNCAC[32]: se requiere el consentimiento de la persona que será trasladada y se provee documentación en la misma medida en que se le brindaría a una autoridad argentina.

La ley argentina, probablemente por la época en la que ha sido promulgada, no prevé técnicas especiales de investigación[33] ni cuenta con medidas específicamente destinadas a la identificación o localización de bienes que puedan constituir el producto del delito (por ejemplo, inspecciones o examen de objetos y lugares). Sin embargo, en la práctica se aplica la regla de autorizar las medidas que podrían practicarse dentro de la jurisdicción.

Con respecto a las medidas cautelares, la ley 24.767 dispone que durante la tramitación del procedimiento de decomiso (ejecución de una orden extranjera) podrán adoptarse medidas cautelares, aunque

28 En las solicitudes de medidas cautelares y de ejecución de una orden de decomiso en el extranjero se requiere "la exposición de los hechos" (art. 55, inc. 3.c y b, respectivamente).

29 Arts. 75 y 78.

30 Arts. 76 y 77.

31 Art. 79.

32 Ver art. 46, incs. 10, 11, 12, 18 y 29.

33 Ver art. 50, UNCAC.

no regula ninguna medida en particular[34]. De todos modos, dado que dicho procedimiento se rige según las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, podría adoptarse cualquiera de las medidas allí previstas (embargo, secuestro, inhibición general de bienes, etcétera)[35].

En cuanto al decomiso, en consonancia con la UNCAC, la legislación argentina prevé tanto la posibilidad de ejecutar órdenes de decomiso extranjeras[36] como el dictado de órdenes de decomiso locales posteriores a un delito local[37].

La ejecución de órdenes de decomiso extranjeras se encuentra establecida en la ley 24.767[38], que dispone que las condenas de decomiso de bienes dictadas en un país extranjero son ejecutables en nuestro territorio a solicitud de un tribunal extranjero cuando:

a) La infracción fuese de competencia del Estado requirente, según su propia legislación.

b) La condena sea definitiva y esté firme.

c) El hecho que la motiva constituya infracción punible para la ley argentina, aun cuando no tuviera previstas las mismas penas.

d) No fuera una condena por un delito político o con ánimo persecutorio.

e) La pena no se haya extinguido según la ley del Estado requirente.

f) El condenado no hubiese sido juzgado en la Argentina o en cualquier otro país por el hecho que motiva el pedido.

g) El condenado hubiese sido personalmente citado y se haya garantizado su defensa.

h) No se afecta la soberanía nacional, la seguridad, el orden público u otros interese esenciales para la Argentina.

34 Art. 98.

35 La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutual en Materia Penal prevé medidas de embargo, secuestro, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación y establece expresamente la asistencia para promover los procedimientos precautorios y las medidas de aseguramiento de los ingresos, frutos o instrumentos del delito (arts. 7, 13 y 15).

El Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur prevé genéricamente que la asistencia incluye medidas cautelares y otras solicitudes respecto de bienes (arts. 2 y 22).

36 Art. 54.1.a, UNCAC.

37 Art. 54.1.b, UNCAC.

38 Art. 95.

Al respecto, más allá de las limitaciones por los delitos políticos y por el requisito de la doble incriminación a los que ya se ha hecho referencia, se destaca que, en consonancia con el hecho de que nuestro país sólo prevé el decomiso penal posterior a una condena, sólo es posible ejecutar órdenes de decomiso extranjeras que tengan ese mismo carácter. Nunca se ha planteado un caso en que otro país requiriera a la Argentina ejecutar un orden de decomiso sustitutiva o basada en el valor. Sin embargo, existe la posibilidad de que, en atención a que la Argentina sólo admite el decomiso objetivo, la solicitud sea rechazada.

Finalmente, con respecto a la disposición de los activos, la ley 24.767 adopta la práctica clásica de compartir los bienes, ya superada por las disposiciones de la UNCAC[39], al disponer que la Cancillería puede convenir con el Estado requirente, sobre la base de reciprocidad, que parte del dinero o de los bienes obtenidos como consecuencia del trámite de ejecución queden en poder de la Argentina[40].

Los tribunales argentinos también pueden dictar órdenes de decomiso locales posteriores al juzgamiento de un delito local basado en evidencias extranjeras. En este sentido, un país extranjero podría presentarse como actor civil en un procedimiento local por lavado de activos[41] si el delito determinante se hubiera cometido en dicho país y éste acreditara su propiedad anterior de los bienes decomisados o los daños sufridos por el delito. Una situación similar podría presentarse en una investigación local por soborno trasnacional[42], en cuyo caso el país extranjero cuyo funcionario público hubiera sido sobornado por un empleado de una empresa exportadora argentina podría, como actor civil en el procedimiento local, acreditar los daños sufridos y recuperar el producto del delito que hubiera obtenido el individuo argentino.

III. La Argentina como Estado requirente

Como se indicara en el capítulo 6, cada una de las etapas del proceso de recuperación de activos, en particular la de inmovilización y decomiso, admite más de un procedimiento –por ejemplo, ejecución

39 Ver capítulo 6.

40 Art. 96.

41 Capítulo XIII, CP.

42 Art. 258 *bis*, CP.

de medidas cautelares dictadas en el extranjero o dictado de una medida local a solicitud de otro Estado; ejecución de una orden de decomiso o establecimiento de procedimientos locales–.

No todos los actores tienen competencia para iniciar todas las vías provistas por la Convención. Por ello, si bien en abstracto sería ideal que en cada caso actuara el órgano con mejores posibilidades de éxito en función de las características de cada caso concreto, no podemos ignorar que, en la Argentina, los órganos con competencias específicas para perseguir delitos de corrupción no tienen competencia para representar al Estado en juicio en el extranjero. Las reglas sobre la representación del Estado en juicio en el extranjero son bastante generales y en la práctica ello requiere un decreto presidencial que faculte a los abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación o bien designe un abogado privado.

En este sentido, si bien las decisiones concretas sobre cómo proceder recaen sobre los fiscales y jueces intervinientes (por ejemplo, decidir si recurrir a la cooperación informal o a la asistencia mutua legal), algunas alternativas requieren una decisión del Poder Ejecutivo (por ejemplo, decidir si el Estado argentino se presentará como actor civil en un proceso de decomiso llevado adelante en Suiza por un delito precedente de corrupción cometido en la Argentina). En la práctica, ello podría dificultar muchísimo la eficacia de las estrategias de recuperación de activos de la corrupción.

Nuestro relevamiento de datos en la autoridad central argentina mostró que casi dos tercios (60%) de las solicitudes de asistencia que formuló la Argentina en casos vinculados a hechos de corrupción en los últimos seis años tuvieron resultado negativo.

El fracaso reconoce varias razones. La primera es la falta de entrenamiento y parcial desconocimiento de las autoridades requirentes –jueces o fiscales argentinos– de las normas formales que rigen la cooperación.

Varias solicitudes realizadas a Estados Unidos fueron enviadas a la Cancillería, cuando el tratado bilateral con ese país establece expresamente que la autoridad central es el Ministerio de Justicia[43]. La Cancillería también tuvo que devolver varios exhortos sin tramitar debido a que no estaban traducidos. En otros casos, los exhortos fueron devueltos por incumplimiento de los requisitos formales ele-

43 Ver art. 2 del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales con el gobierno de Estados Unidos de América, ley 24.034.

mentales expresamente establecidos en el tratado aplicable, como la falta de transcripción de las normas penales aplicables, o la indicación de los motivos por los cuales se solicitaba la medida. Finalmente, algunas solicitudes pasaron el examen formal de la Cancillería, pero fueron rechazadas por el Estado requerido porque presentaban graves omisiones. Por ejemplo, en una solicitud se requirió a un banco que informara si el imputado y/o su cónyuge eran o habían sido titulares de una cuenta, pero se omitió proveer el nombre y número de identidad del cónyuge; en otro caso, se omitió enviar la última página de la solicitud, que llevaba la firma del juez.

Las falencias recién mencionadas pueden ser fácilmente superadas mediante una debida consideración de los tratados aplicables por parte de los jueces, quienes incluso pueden consultar a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Cancillería[44].

Más allá de los fracasos por razones formales, la mayoría de los rechazos se debe a razones sustantivas. En nuestra opinión, los jueces y fiscales tienen poca experiencia en requerir y prestar asistencia judicial y desconocen el grado de precisión e información que requiere la adopción de medidas coactivas en otros países. Muchas solicitudes no consideran el sistema jurídico del país requerido, lo cual es fundamental teniendo en cuenta que las medidas se ejecutan de acuerdo a su legislación. Por otra parte, como un juez penal puede requerir prácticamente cualquier información en su propia jurisdicción, es probable que la falta de experiencia en el trabajo con sus pares de otros países influya en que las solicitudes sean redactadas "con las formalidades" de una solicitud, pero pensadas como "un oficio" más en el que se requiere información.

La asistencia judicial es bastante más compleja que eso y, para llevarla a cabo exitosamente, los investigadores deben tomar decisiones sobre cuestiones complejas que demandan más información de la que el relevamiento muestra que tienen. Como una primera aproximación en esta dirección, a continuación se analizan distintas alternativas y se proporcionan detalles concretos de tres centros financieros –Suiza, Reino Unido y Estados Unidos– para facilitar la tarea de los investigadores en el proceso de recuperación de activos.

44 La Dirección General cuenta con un sitio de Internet que contiene todos los instrumentos internacionales de asistencia, una explicación de algunos casos particulares y un modelo de exhorto. El sitio también permite formular consultas sobre cooperación internacional. Disponible en *www.cooperacion-penal.gov.ar* (20 de abril de 2008).

III. 1. Principios generales

III. 1. A. "Operaciones de pesca" y medidas coercitivas

Como se indicara en el capítulo 6, todos los sistemas jurídicos proveen reglas para evitar las llamadas "operaciones de pesca". En la asistencia judicial recíproca, la redacción de la solicitud puede influir significativamente en la determinación de si la solicitud es considerada una operación de pesca o no.

El principio es que no puede solicitarse la adopción de medidas coercitivas sin mostrar que existen suficientes elementos para creer razonablemente que la información que se solicita existe en el lugar al que es requerida. En otras palabras, si un fiscal tiene evidencias de que un imputado tiene una cuenta bancaria "en Suiza" o "en Londres", por ejemplo, porque un testigo lo ha dicho, ello es un interesante punto de partida para una investigación informal, para alguna intervención policial, para un requerimiento entre UIF, e incluso para alguna solicitud judicial, pero sin dudas es insuficiente para requerir que se localice la cuenta y que sea congelada.

Las operaciones de pesca fueron definidas en la jurisprudencia del Reino Unido como "investigaciones errantes que tienden a dilucidar información que podría llevar a la obtención de evidencia"[45] y en Suiza como "solicitudes de evidencia generales y poco específicas"[46]. En materia de asistencia judicial para la obtención de medidas coercitivas, como el levantamiento del secreto bancario en estas jurisdicciones, el Estado requirente debe indicar los hechos concretos por los cuales presume que puede hallarse evidencia en uno o más bancos de la jurisdicción, en lo posible determinados, pero fundamentalmente indicando las evidencias que muestran que esas cuentas están relacionadas con el delito que se investiga.

Este último aspecto parece trivial, pero es más importante de lo que usualmente se cree. En muchos países requirentes, el hecho de que un imputado tenga una cuenta bancaria abultada en el exterior, especialmente si se trata de un centro financiero con estrictas leyes sobre secreto bancario, genera la presunción de que allí acumula el producto de sus delitos. Ello es así, por una parte, porque el investi-

45 Cf. jurisprudencia del Reino Unido citada por Stessens, Guy, *Money Laundering. A new international law enforcement model,* Cambridge University Press, Londres, 2000, p. 336.

46 Ídem, ps. 337-338.

gador conoce el modo de vida del imputado, probablemente sus empleos, salarios anteriores, su entorno familiar y otras circunstancias que ayudan a formar esa presunción. Por otra parte, la asociación con algunos centros financieros aumenta la sospecha. Sin embargo, estas circunstancias no pueden ser asumidas como conocidas por el país requerido.

Véase el siguiente ejemplo, extraído de nuestro estudio. Suiza rechazó, sobre la base de que se trataba de una operación de pesca, una solicitud para levantar el secreto bancario e informar sobre las cuentas de un imputado en un proceso penal en la Argentina. El juez argentino explicó en qué consistía la investigación (un hecho resonante de malversación de caudales públicos) y, como elementos de convicción, señaló: a) en su indagatoria el imputado había declarado que era titular de una cuenta en Suiza, y b) la certeza de la existencia de las cuentas surgía de una investigación que tramitaba en otro fuero, a la cual no resultaba posible acceder por aplicación del principio de especialidad[47]. En consecuencia, el juez indicó que resultaba de interés del tribunal afectar dicha cuenta a la causa, debido a que se presumía fundadamente que "las sumas podrían ser el producto del ilícito" y que, por lo tanto, le pertenecían al Estado argentino.

Suiza rechazó la solicitud, explicando que "la posibilidad o la certeza de la existencia de cuentas de las cuales el imputado sería titular no es suficiente", y le informó al juez argentino que para acceder a la solicitud debería informar el vínculo entre los hechos incriminados y las cuentas bancarias, la información requerida sobre las cuentas y –dado que el juez declaraba conocer la existencia de las cuentas– la identificación del banco.

III. 1. B. Especialidad

Como se explicó en el capítulo 6, el principio de especialidad impide que las autoridades que reciben información la utilicen con fines distintos a aquellos para los cuales fue proporcionada. Este principio es mayormente utilizado por centros financieros con leyes estrictas sobre secreto bancario que de ese modo controlan que la confidencialidad que ofrece el centro financiero sea abierta sólo en aquellos casos en los cuales la información es provista, pero no para

47 Este aspecto del caso se analiza en el siguiente apartado.

otros procesos. La ley suiza, por ejemplo, establece que las autoridades extranjeras deben comprometerse a utilizar la información con la finalidad para la cual fue transmitida, lo cual implica que no pueden transferir la información a otras autoridades sin autorización expresa[48].

En el caso mencionado en el apartado anterior, por ejemplo, dado que el juez argentino indicó en la solicitud que la certeza de la existencia de las cuentas surgía de una investigación de otro fuero que contenía información a la cual no podía acceder en virtud del principio de especialidad, las autoridades suizas autorizaron al tribunal a tomar conocimiento –no a utilizar en su proceso– de la información que se encontraba en el otro fuero para obtener de ese modo los datos que faltaban en la fundamentación de la solicitud de levantar el secreto bancario, es decir, para saber si de esa información surgía un vínculo concreto entre el delito investigado y las cuentas. Vínculos concretos pueden ser, por ejemplo, cierta coincidencia temporal entre los movimientos de la cuenta y los hechos del caso, cierta coincidencia entre determinados montos y un porcentaje del negocio involucrado en la investigación, coincidencia entre los dichos de un testigo acerca de un porcentaje pagado en concepto de soborno o comisión y los depósitos de la cuenta, etcétera.

III. 2. Investigación previa a la solicitud de asistencia mutua legal

La investigación realizada parece indicar que los fiscales y los jueces tienden a creer que el único modo de obtener información del extranjero es la asistencia judicial recíproca. Los investigadores del país requirente suelen depositar demasiada confianza en que la investigación quedará a cargo de las autoridades del país requerido, de modo tal que en muchas ocasiones las solicitudes no son precedidas por una investigación previa razonable y, por lo tanto, carecen de la debida precisión y son rechazadas porque el país requerido las considera "operaciones de pesca". Que los países deban brindarse "la máxima cooperación posible" sólo significa que deben cumplir con celeridad cualquier solicitud formulada de conformidad con el derecho aplicable, no que pueden omitir el cumplimiento de requisitos para acceder a una solicitud. Por ello, la investigación previa

48 Art. 67 de la Ley Federal Suiza sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal.

por vías alternativas a la asistencia judicial es esencial para mejorar el desempeño en esta materia.

Un modo de obtener información relevante para generar una investigación robusta que permita iniciar una solicitud de asistencia mutua legal con mayor éxito es recurrir a los medios extranjeros de información pública. En este sentido, muchos países han desarrollado políticas de transparencia y medios públicos o privados que proveen información sobre la titularidad de bienes que se encuentra disponible al público, ya sea de forma gratuita o arancelada.

En el caso de la Argentina, la posibilidad de utilizar mecanismos rápidos e informales para obtener información es particularmente importante, dado que la demora de los Estados requeridos para responder a las solicitudes ha sido significativa. De los datos recolectados en la autoridad central surge que si bien la demora fue bastante variada (en algunos casos se respondió en el término de un mes y en otros casos se demoró tres años), el promedio aproximado fue de siete meses y medio. Téngase presente que, como ya se indicara, la demora no se debió a la complejidad de las medidas solicitadas sino que sólo tuvo como finalidad comunicar una respuesta negativa.

Si se considera que en muchos de esos casos podría haberse obtenido la información en pocas horas a través de Internet, resulta evidente que los investigadores deben recurrir a la cooperación informal siempre que ello sea posible. Precisamente, en uno de los casos de corrupción más resonantes que tuvo la Argentina, el juez solicitó al Reino Unido los estatutos societarios de algunas empresas registradas en Londres. La medida fue denegada debido a que se trataba de información de acceso público disponible en el registro público de sociedades ("Companies House"), que podía obtenerse o bien en línea, pagando una pequeña suma de dinero, o bien mediante cooperación policial, en forma gratuita[49]. Cuando el Reino Unido explicó la situación, el juez argentino respondió que "no podía solicitar la información por la vía informal". Hasta el momento, el juez no ha obtenido la información.

Para facilitar la investigación informal de bienes en el extranjero, expertos del *International Centre for Asset Recovery* del Basel Institu-

49 Como se verá en el siguiente cuadro, ni siquiera era necesaria la cooperación policial, pues la información se encuentra disponible a través de un sitio de Internet.

te on Governance[50] han preparado especialmente para este trabajo una serie de datos prácticos que explican cómo obtener información en Suiza, el Reino Unido y Estados Unidos.

El cuadro de la página siguiente detalla dicha información y remite, cuado están disponibles, a los sitios de Internet en los cuales puede obtenerse la información.

En todos los casos de "acceso público", la información es accesible a través de la cooperación policial, que generalmente es mucho más ágil que la asistencia judicial. El uso de la cooperación a través de la policía, de Interpol y, en algunas circunstancias, a través de la UIF puede contribuir a generar una investigación preliminar lo suficientemente fundada como para iniciar una solicitud de asistencia mutua legal exitosa.

III. 2. A. Cooperación policial

Los mecanismos de cooperación policial que se explicaron en el capítulo 6 permiten acceder a información útil sin necesidad de recurrir a la asistencia judicial recíproca.

En líneas generales, las tres jurisdicciones que aquí se analizan prevén el mismo tipo de cooperación policial: mecanismos ágiles de intercambio de información sólo para medidas no coercitivas y limitado a la información no confidencial.

En Estados Unidos, los organismos policiales pueden acceder a una base de datos de la UIF que contiene información derivada de los ROS[51]. Si bien la información contenida en los ROS sólo puede ser transmitida mediante la cooperación judicial, el acceso de la policía local a los ROS podría permitirle a una autoridad argentina

[50] ICAR es una organización sin fines de lucro especializada en la capacitación y asistencia a países en desarrollo para la recuperación de activos. Ver *www.baselgovernance.org/icar*. La información sobre Suiza fue preparada por el experto Daniel Thelesklaf (ex director de la UIF suiza y del regulador financiero de Liechtenstein), la información sobre el Reino Unido por Alan Bacarese (Senior Crown Prosecutor del Reino Unido) y la información sobre Estados Unidos por Tom Lasich (ex Agente Especial del departamento penal del Internal Revenue Service de Estado Unidos). A los tres expertos extendemos nuestro sincero agradecimiento por su invaluable aporte.

[51] Cf. Low, Lucinda A.; Tillen, James G.; Abendschein, Karl y Fisher-Owens, Daniel M., "Country Report: the US anti-money laundering system", en Pieth, Mark y Aiolfi, Gemma (eds.), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering,* Edward Elgar, Reino Unido, 2004, p. 379.

	Personas jurídicas	Bonos e inversiones financieras	Productos bancarios	Información impositiva	Tarjetas de débito y crédito	Inmuebles	Muebles registrables	Entradas y salidas del país	Registros comerciales	Procesos judiciales
Suiza	Acceso en línea gratuito[1]	Acceso público en línea a información del mercado[2]	Acceso público no disponible[3]	Acceso público no disponible	Acceso público no disponible	Acceso en línea gratuito[4]	Acceso público no disponible[5]	Acceso público no disponible[6]	Ver columna 1	Acceso público no disponible[7]
Reino Unido	Acceso en línea gratuito al listado de empresas[8]	Acceso público no disponible	Acceso público no disponible	Acceso público no disponible	Acceso público no disponible	Acceso en línea arancelad[9]	Acceso público no disponible	Acceso público no disponible[10]	Acceso en línea arancelado al estado financiero de las personas[11]	Acceso en línea gratuito al listado de tribunales y casos[12]
Estados Unidos	Acceso en línea arancelado[13]	Acceso en línea gratuito a información relativa a la propiedad por parte de empresas[14]	Acceso público no disponible	Acceso en línea gratuito a información sobre fundaciones[15]	Acceso público no disponible	Acceso gratuito y en algunos casos arancelado[16]	Acceso público no disponible	Acceso público no disponible	Ver columna 1	Acceso en línea gratuito a causas judiciales[17]

1 Boletín oficial de comercio: *www.shab.ch/shabforms/COMMON/application/applicationGrid.jsp?newLanguage=EN.*

Registro público de comercio: *zefix.admin.ch/zfxcgi/hrform.cgi/hraPage?alle_eintr=on&pers_sort=original&pers_num=0&language=4&col_width=366&amt=007.*

2 Ver *www.fininfo.com.*

3 Los fiscales y los jueces pueden levantar el secreto bancario en una investigación penal o en una demanda civil, o bien en el marco de la asistencia mutua legal.

4 Registro público de cada cantón disponible en *www.zbgr.ch/deu/gru.php.*

5 Los órganos policiales tienen acceso a los registros de automóviles, barcos y aviones.

6 El Departamento Federal de Migraciones es responsable de procesar la información relevante sobre inmigración. Ver *www.bfm.admin.ch/bfm/en/home.html.*

7 El 1 de enero de 2000, los registros penales que administraban manualmente los cantones y la confederación suiza fueron reemplazados por un sistema de registros penales centralizado y automatizado. El Departamento Federal de Justicia administra estos registros penales desde el 1 de julio de 2000. Sólo las autoridades públicas pueden acceder a la información, o bien cualquier persona que quiera obtener sus propios registros. Ver *www.bj.admin.ch/bj/en/home/themen/staat_und_buerger/strafregister.html.*

8 Registro público (Companies House): *www.companieshouse.gov.uk.*

9 Registro público (UK's Land Registry): *www.landreg.gov.uk.*

Abonando 3 libras esterlinas se puede acceder al nombre completo de los propietarios y al precio que pagaron por el inmueble.

10 El Departamento de Inmigración es responsable de controlar las fronteras y la inmigración. Ver *www.bia.homeoffice.gov.uk.*

11 Disponible en D&B (*www.dnb.com*), Equifax (*www.equifax.co.uk*) y ICC Juniper (*www.iccjuniper.co.uk*).

Ver también la base de datos del Departamento de Comercio e Inversiones (UK Trade & Investment) en *www.uktradeinvest.gov.uk.*

12 Disponible en *www.courtserve.net/court-lists.htm.*

13 Disponible en *www.autotrack.org*, *www.Lexis-Nexis.org*, *www.accurint.com* y *www.locateplus.com.*

14 Disponible en *www.sec.gov.*

15 Disponible en *nccsdataweb.urban.org/FAQ/index.php?category=90.*

16 Disponible en *brbpub.com*, *searchsystems.net* y nprra.org.

17 Disponible en *pacer.psc.uscourts.gov.* Ver también *www.gaprs.com* para información sobre cada distrito.

confirmar información que ya posee y, en todo caso, solicitarla luego mediante la asistencia judicial. Los mecanismos informales de cooperación policial sí pueden ser utilizados para rastrear e identificar bienes relacionados con el lavado de activos o con los delitos determinantes[52], e incluso se prevé la cooperación espontánea[53].

En Suiza y en el Reino Unido también es posible utilizar la cooperación policial con respecto a cualquier medida no coercitiva. Suiza, además, prevé la cooperación policial espontánea para que, por ejemplo, la policía transmita a las autoridades extranjeras información que ha sido entregada voluntariamente por un intermediario financiero, sin que el procedimiento permita la participación de la persona afectada[54]. Es decir que la cooperación policial podría permitir, por ejemplo, obtener la declaración de una persona que acepta declarar voluntariamente. Si la persona no quisiera declarar voluntariamente, debería solicitarse su declaración mediante la asistencia mutua legal debido a que en tal caso se trataría de una medida coercitiva.

III. 2. B. Cooperación entre UIF

Otro de los mecanismos disponibles para obtener información antes de solicitar asistencia mutua legal es la cooperación que se desarrolla entre las UIF. Los requirentes deben tener presente que, en virtud del principio de especialidad, la UIF que reciba la información deberá contar con el consentimiento de la UIF requerida para utilizar la información con un fin distinto a las actividades de inteligencia financiera[55], como podría ser una investigación penal.

Sin embargo, antes de iniciar una solicitud de asistencia mutua legal para obtener información financiera del exterior, existe una alta probabilidad de que la colaboración entre UIF pueda mejorar la calidad de la información disponible. Ello pues, aunque la UIF local en muchos casos no podrá transmitirle la información al juez, sí

52 GAFI, Tercer Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en Estados Unidos, p. 263, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/44/9/37101772.pdf* (20 de abril de 2008).

53 Ídem, p. 277.

54 Cf. Capus, Nadja, "Country Report: Combating money laundering in Switzerland", en Pieth y Aiolfi (eds.), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering*, cit., p. 170.

55 Ver capítulo 6.

podrá informarle la existencia de la información, de modo tal que la solicitud de asistencia judicial posterior estará mejor fundamentada y se evitará que sea calificada como una "operación de pesca".

Al respecto, los investigadores deben tener presente que la UIF argentina ha suscrito convenios con las UIF de los siguientes países[56]: Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Rumania y Venezuela. Además, la UIF argentina es miembro del Grupo Egmont, lo que le permite requerir información a todos los miembros del grupo, con sujeción a los principios de especialidad, reciprocidad y confidencialidad.

En los centros financieros que estamos analizando, los modos de regular la cooperación administrativa entre las UIF varían según la jurisdicción.

En Suiza, la cooperación se encuentra limitada por los principios de especialidad y confidencialidad. Ello significa que si la solicitud concierne a clientes individuales, la autoridad que la recibe debe, a menos que el cliente afectado renuncie a ello, adoptar una decisión formal para permitir que se transmita la información, la cual puede ser apelada ante un tribunal federal[57]. Es decir que se inicia un procedimiento administrativo, en el marco del cual el cliente puede exigir que la autoridad competente emita una orden formal que luego podrá apelar, en general con efecto suspensivo. Además, por aplicación del principio de especialidad, la autoridad extranjera sólo podrá utilizar la información con fines de supervisión directa[58].

Con respecto a la confidencialidad, la cooperación administrativa se encuentra además limitada por la protección de datos personales, que determina que la UIF sólo puede transmitir datos personales a una autoridad extranjera cuando así lo prevea una ley o un tratado internacional, o en los siguientes casos:

a) Cuando la información es necesaria para impedir una conducta ilícita en el área de competencia de la UIF suiza.

56 El art. 14 de la Ley de Lavado de Activos 25.246 faculta a la UIF a celebrar estos convenios.

57 GAFI, Resumen ejecutivo del Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en Suiza, p. 11, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/60/30/35529139.pdf* (20 de abril de 2008).

58 Cf. Capus, "Country Report: Combating money laundering in Switzerland", cit., p. 174.

b) Cuando se requiere información para que Suiza realice una solicitud.

c) Cuando ello sea en interés de la persona afectada y ésta lo haya consentido o por las circunstancias pueda presumirse que lo ha hecho.

Cabe destacar que Suiza prevé –además de la cooperación espontánea judicial– la cooperación espontánea administrativa, se encuentre o no establecida en un memorando de entendimiento, con respecto a la cual no se requiere proteger completamente los derechos de terceros[59].

En Estados Unidos, el FinCen puede actuar como vínculo entre las UIF extranjeras y las agencias policiales locales, proveyendo información comercial, financiera y policial sin que se requiera un convenio especial. La UIF sólo puede denegar la colaboración si ello implica suministrar pruebas que serán utilizadas en un proceso judicial[60]. Hay que destacar que, en principio, el FinCen no tiene facultades para requerir información a las entidades financieras estadounidenses[61]. La información que puede proveer es la que surge de su base de datos, formada por los ROS y por los informes de transacciones mayores a 10.000 dólares que las entidades financieras estadounidenses están obligadas a realizar de acuerdo a la Bank Secrecy Act. Ello significa que una respuesta negativa de FinCen no precluye la posibilidad de que la información exista y que pueda ser obtenida mediante cooperación judicial.

III. 2. C. Obtención de evidencias localizadas en Estados Unidos a través de la legislación interna estadounidense (investigación directa)

En el capítulo 5 de este libro, Tim Daniel y James Maton explican con detalle cómo articular procedimientos civiles para obtener evi-

59 Ídem, p. 167.

60 GAFI, Tercer Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en Estados Unidos, ps. 273 y 275, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/44/9/37101772.pdf.*

61 Según la sección 314 (a) de la US Patriot Act, el FinCen sí puede transmitirle a las entidades solicitudes de información provenientes de autoridades de persecución locales federales. Ello parecería indicar que esta facultad no se encuentraría disponible si la solicitud fuera realizada por una autoridad extranjera.

dencias, principalmente en los países del *Commonwealth*. En Estados Unidos también existe un procedimiento de "descubrimiento de pruebas" (*discovery assistance*) específico para "litigantes extranjeros" que puede ser utilizado por autoridades públicas para obtener evidencias en esa jurisdicción. Nótese que no se trata de un mecanismo de asistencia judicial, sino de un procedimiento directo, de litigio en Estados Unidos.

La sección 1782 del título 28 del Código de Estados Unidos (28 USC 1782) establece la posibilidad de que un extranjero obtenga evidencia en dicho país sin necesidad de iniciar un proceso judicial. Es decir que quien tiene un interés en un litigio fuera de Estados Unidos –sea éste penal, civil, administrativo, laboral, etc.– puede solicitar evidencia que se encuentra en Estados Unidos a través de cualquier medio de prueba disponible para los litigantes locales –declaraciones testimoniales, documentos, etc.– siempre que dichas pruebas no puedan ser obtenidas en la jurisdicción extranjera.

Los requisitos de esta herramienta son[62]: a) que la persona de la cual se busca evidencia resida o se encuentre en el distrito en el cual se solicita la asistencia; b) que la evidencia se solicite para ser utilizada en un procedimiento ante un tribunal extranjero; y c) que la solicitud sea realizada por un tribunal extranjero o internacional o una "persona interesada".

Es decir que, en la etapa de investigación del proceso de recuperación del producto del delito, un fiscal o un juez argentino podría solicitar evidencia ante un tribunal estadounidense para utilizarla en un procedimiento que estuviera tramitando fuera de Estados Unidos.

El tribunal de distrito que recibe la solicitud tiene una amplia libertad para decidir si concede o no la producción de las medidas solicitadas, y su decisión sólo puede ser revocada por abuso de discrecionalidad[63].

La Corte Suprema de Estados Unidos estableció recientemente una interpretación amplia de esta disposición[64], lo que podría

62 Cf. Patel, Anand Suryakant, "International judicial assistance: an analysis of Intel v. AMD and its affect on § 1782 discovery assistance", en *Florida Journal of International Law*, abril de 2006, p. 2.

63 Ídem, p. 13.

64 Se trata del caso "Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.", 542 US 241 (2004), en el cual una empresa que estaba interesada en un proceso que tramitaba ante la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea por un conflicto con la empresa estadounidense Intel, había solicitado que le Direc-

generar mayor conciencia de la importancia que puede tener esta medida para los países víctima de la corrupción que investigan bienes en Estados Unidos pues, dado que el mecanismo funciona sin la intervención de un tribunal del país en el que se desarrolla el litigio, su agilidad con respecto a las medidas de investigación que pueden adoptarse en el marco de la asistencia mutua legal puede ser significativa.

III. 3. Medidas cautelares

III. 3. A. Inmovilización automática previa a la cooperación

Sin perjuicio de las medidas cautelares que pueden solicitarse mediante la asistencia judicial, algunos países prevén la posibilidad de inmovilizar fondos automáticamente a raíz de un ROS. Si bien ello no ocurre en el marco de la cooperación internacional, si un país extranjero adoptara una medida automática de congelamiento de fondos que estuvieran vinculados a un hecho de corrupción cometido en la Argentina (por ejemplo, cuentas de una PEP argentina reportadas en el extranjero por sospechas de lavado de activos), las autoridades extranjeras informarían de ello espontáneamente a las autoridades argentinas (ya sea a través de las UIF o de las autoridades centrales), quienes entonces podrían realizar una solicitud formal de asistencia con miras al decomiso de los bienes.

En Suiza, por ejemplo, cualquier reporte de operación sospechosa implica el congelamiento automático de los bienes involucrados en el reporte por un plazo de cinco días hábiles dentro del cual el magistrado interviniente debe decidir si hay méritos para iniciar una investigación y mantener la medida cautelar[65].

---

ción obtuviera documentación que Intel había producido en un litigio de monopolio en Estados Unidos y, ante la negativa de la Dirección, la solicitó directamente en un tribunal de Estados Unidos en virtud de la norma del Código sobre descubrimiento de pruebas.

Al resolver el caso, la Corte aclaró que esta herramienta se encuentra disponible también para quienes no son litigantes en el procedimiento en el cual se utilizará la evidencia (los litigantes son tan sólo una de las "personas interesadas").

También se indicó que el descubrimiento de evidencia no se encuentra sujeto al requisito de que la evidencia también pueda obtenerse en la jurisdicción extranjera.

65 Art. 10 de la Ley Federal Suiza sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal.

En el Reino Unido, la entidad que reporta la operación sospechosa puede detenerla o retrasarla hasta por siete días para obtener el consentimiento de la UIF, que consulta a otros organismos y autoriza o no la operación[66]. Cuando la UIF deniega el consentimiento, rige un plazo de treinta y un días para investigar y obtener una medida de embargo[67]. Este mecanismo permite embargar bienes o seguir la ruta del dinero en el caso que se inicie una investigación.

Como fuera explicado en el capítulo 6, inclusive a partir de estos reportes es posible recurrir a la "entrega vigilada", requiriendo a la entidad financiera que realice las transacciones que requiere el cliente previa información a la autoridad judicial interviniente, de modo de permitirle a ésta obtener mayor información sobre las personas que controlan los fondos, los destinatarios, los beneficiarios, etcétera.

III. 3. B. Estándar probatorio de las medidas cautelares en la asistencia judicial

Para adoptar una medida cautelar, todos los países requieren el establecimiento de un vínculo entre el bien objeto de la medida y el hecho ilícito.

En el Reino Unido, se requiere que *prima facie* se encuentre razonablemente fundado que se ordenará el decomiso. El mismo estándar se aplica en Estados Unidos, aunque allí se admite que los bienes sean restringidos sin "causa probable" por treinta días (prorrogables) si el Estado requirente ha detenido o acusado a alguien por una conducta delictiva que podría servir de base para iniciar un proceso de decomiso en Estados Unidos[68].

En Suiza, como en la mayoría de los países de tradición continental, trabar un embargo es relativamente sencillo. Generalmente es posible embargar bienes de modo urgente mediante una solicitud de asistencia cursada vía fax antes de formalizar la solicitud de embargo. La Ley Federal suiza sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal dispone que un Estado requirente puede soli-

66 GAFI, Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el Reino Unido, p. 143, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/55/29/39064399.pdf* (20 de abril de 2008).

67 Ídem, p. 79.

68 GAFI, Tercer Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en Estados Unidos, p. 263, disponible en *www.fatf-gafi.org/dataoecd/44/9/37101772.pdf.*

citar y obtener medidas cautelares urgentes, siempre que cumplan con los requisitos de urgencia y proporcionalidad, mediante una orden de las autoridades suizas de congelar los activos. Las autoridades suizas pueden así ordenar la inmovilización de los bienes de modo urgente y establecer un plazo razonable para que el Estado requirente formalice una solicitud de embargo que explique los hechos relevantes, la calificación jurídica y el vínculo entre los hechos y los bienes localizados en Suiza[69].

III. 4. Decomiso

Las alternativas que presenta la UNCAC en materia de decomiso, explicadas en detalle en el capítulo 6, plantean para los Estados que buscan recuperar el producto de la corrupción transferido al extranjero la decisión acerca de si asumirán la jurisdicción del caso y a partir de ese caso intentarán luego obtener una orden de decomiso en el extranjero o si, en cambio, instarán un procedimiento de decomiso local en el extranjero (por ejemplo, excitando la jurisdicción penal y presentándose como querellante o actor civil si ello es posible, o como tercero interesado de buena fe en el procedimiento de decomiso, o como actor de un procedimiento civil).

La primera decisión que deberán tomar las autoridades ante la sospecha de que el producto de la corrupción se encuentra en el extranjero es si asumirán la jurisdicción del caso. Por supuesto, en la Argentina aún existen limitaciones para adoptar esta decisión, dado que en el ámbito federal todavía rige el principio de legalidad procesal que exige iniciar la investigación.

Sin embargo, existen muchas circunstancias en las cuales iniciar una investigación penal en el país víctima no es el camino más conveniente. Cuando el imputado está protegido por inmunidades difíciles de levantar, el procedimiento es excesivamente lento, el imputado se ha fugado de la jurisdicción o, lo que es más habitual, conserva suficiente poder real como para influenciar a testigos o a otros funcionarios o de cualquier modo obstaculizar la investigación.

En estas circunstancias, los Estados víctima deberían pensar en iniciar procedimientos civiles para discutir la propiedad del producto de la corrupción transferido al extranjero[70].

69 Cfr. Gully-Hart, Paul, "Recuperación internacional de activos relacionados con la corrupción: Suiza", capítulo 8 de este volumen.

70 Los procedimientos civiles, establecidos en el art. 53 de la UNCAC, son analizados en detalle en Daniel, Tim y Maton, James, "La recuperación de acti-

Si el producto de la corrupción se encuentra en países que prevén el decomiso civil –el Reino Unido, Estados Unidos Irlanda, Italia, Australia, Ontario en Canadá, Sudáfrica, entre otros– el país víctima debería considerar seriamente esta posibilidad, que además prevé estándares de prueba más flexibles.

Por otra parte, en Suiza las posibilidades de que un Estado víctima extranjero se presente como actor civil en un procedimiento penal local con miras al decomiso del producto de la corrupción son bastante amplias. Las autoridades suizas pueden iniciar investigaciones locales por delitos cometidos en su jurisdicción en los casos de lavado de activos. En todos estos casos, la Argentina o cualquier otro Estado víctima[71] podría constituirse en actor civil para solicitar el embargo de los fondos y recuperar los activos mediante el decomiso y la repatriación luego de la condena. En el caso del lavado de activos, el proceso penal se realizaría por un delito determinante cometido en el Estado víctima (en este caso, un delito de corrupción). Si además se determina que en el caso ha intervenido una organización criminal –que en Suiza sólo requiere la participación de dos individuos– el procedimiento suizo establece una presunción de que todos los activos del imputado se encuentran bajo el poder de disposición de la organización y que, por lo tanto, provienen de o serán utilizados para conductas delictivas. Debe probarse que la persona imputada efectivamente participó o ayudó a la organización. En cambio, no es necesario probar que la persona o la organización cometieron un delito específico ni, lo que es más importante, que los bienes derivan de un delito. Es decir que se invierte la carga de la prueba y son los imputados quienes deben probar que los bienes no están bajo el control de la organización criminal. Si los bienes son decomisados, el Estado víctima puede reclamarlos de acuerdo a los parámetros del artículo 57 de la UNCAC.

La posibilidad de que se presente un caso en la Argentina que pudiera determinar la adopción de esta estrategia de litigio en el extranjero no es en absoluto remota. Por el contrario, varios de los casos de nuestro estudio hubieran permitido esta alternativa. Veamos un ejemplo.

---

vos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles", capítulo 5 de este volumen.

71 Ver los detalles de este tipo de procedimientos en el caso del dictador nigeriano Abacha y sus familiares y colaboradores, en Monfrini, Enrico, "El caso Abacha", capítulo 10 de este volumen.

En 2006, la autoridad central argentina recibió una solicitud de asistencia mutua proveniente de un país europeo, en la que se requería información que confirmara que una persona había sido funcionario público de alta jerarquía. El país requirente investigaba un hecho de soborno transnacional contra empresarios alemanes que presuntamente habían sobornado al funcionario argentino para obtener contratos beneficiosos con el Estado argentino. La solicitud mencionaba que el producto del soborno habría sido depositado en cuentas bancarias en Suiza.

El juez argentino optó por iniciar una investigación local y requerir asistencia a Suiza. Es decir, decidió asumir jurisdicción en el caso, probablemente con miras a ejecutar una orden de decomiso en Suiza en el futuro.

Sin embargo, el caso podría haber admitido (y aún admite) la alternativa antes mencionada, es decir, que el Estado argentino –probablemente a través de la Procuración del Tesoro de la Nación– se presente en el proceso en trámite en el país requirente como país víctima y, de conformidad con el artículo 57.3.b de la UNCAC, pruebe los daños causados por los beneficios que el funcionario presuntamente le concedió a la empresa del país requirente a cambio de un soborno.

La falta de una agencia especializada en temas de recuperación de activos dificulta significativamente la adopción de estas decisiones porque, actualmente, son varias las agencias que tienen competencias para adoptar cursos de acción contradictorios y, además, no todas son independientes del Poder Ejecutivo, lo cual –razonablemente– puede influenciar la decisión. En la Argentina, por ejemplo, se requeriría que el Poder Ejecutivo autorizara a la Procuración del Tesoro a adoptar las medidas pertinentes para contratar un abogado en Suiza que representara los intereses de la Argentina en el procedimiento de decomiso.

La creación de una agencia especializada, como las que ya existen en Brasil, el Reino Unido y en varios países europeos[72], además de poder recomendar el curso de acción más conveniente, debería asumir la responsabilidad de estar informada acerca de los procesos que tramitan en el exterior en los cuales la Argentina podría recuperar activos, porque estas posibilidades existen en algunos casos sin que ninguna autoridad local tome conocimiento de ello.

72 Ver al respecto el capítulo 6.

Con la legislación argentina actual, al menos en el orden federal, la decisión de asumir jurisdicción, por lo menos al comienzo del proceso, parece ser aún la más racional.

IV. Conclusiones

Nuestra investigación de datos en la autoridad central argentina mostró que se trata de un área muy poco explorada y conocida por los miembros de la magistratura y del Ministerio Público. Al mismo tiempo, los datos y la opinión de los funcionarios consultados coinciden en que las solicitudes desde y hacia la Argentina han aumentado exponencialmente en la última década, lo que muestra la necesidad imperiosa de transformar a la asistencia judicial recíproca en una herramienta eficaz para las investigaciones penales a través del fortalecimiento de la autoridad central y del entrenamiento intensivo de los principales actores que requieren asistencia.

En relación con la recuperación de activos, la experiencia es aun más desoladora. A pesar de que existen muchísimos casos con altas posibilidades de éxito, no ha habido experiencias exitosas, más allá de algún caso aislado. Los talleres y entrevistas realizadas muestran que se trata de un tema que aún no integra el pensamiento de los operadores del sistema. Cuando excepcionalmente ello no es así, se advierte que los niveles de capacitación son relativamente bajos y que la experiencia concreta es muy esporádica.

Este capítulo en particular –y este libro en general– fue escrito con el objetivo de contribuir, en alguna medida, a mejorar esta situación.

Editores del Puerto

Recuperación de activos de la corrupción

una investigación de Guillermo Jorge

Para los países víctima, es esencial adquirir profesionalismo y desarrollar capacidades en las numerosas áreas jurídicas y técnicas relevantes para recuperar activos –como la investigación para el rastreo, secuestro, congelamiento y decomiso del producto de delitos– y profundizar sus conocimientos y experiencias en las complejidades de la asistencia judicial recíproca con los centros financieros. Por su parte, los centros financieros deben con urgencia legislar de conformidad con las obligaciones de la UNCAC –por ejemplo, en relación con el escrutinio intensificado de personas expuestas políticamente, procedimientos eficientes para congelar activos o respecto de la carga de la prueba necesaria para obtener el decomiso del producto del delito– e intensificar su voluntad política para investigar y perseguir penalmente las acciones ilícitas de sus instituciones financieras o de sus empresas multinacionales.

Los países latinoamericanos enfrentan diferentes combinaciones de éstos y muchos otros obstáculos en materia de recuperación y repatriación del producto de la corrupción. Guillermo Jorge posee un conocimiento excepcional sobre las complejidades de la recuperación de activos en América Latina y, por lo tanto, nos ofrece una visión con una comprensión única de las potenciales soluciones. Su libro, por lo tanto, tiene un valor fundamental y, con seguridad, se convertirá en una contribución decisiva que ayudará tanto a los profesionales como a quienes toman decisiones políticas en América Latina a superar las dificultades mencionadas.

Del prólogo de Mark Pieth

ISBN 978-987-1397-19-8

www.editoresdelpuerto.com